



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

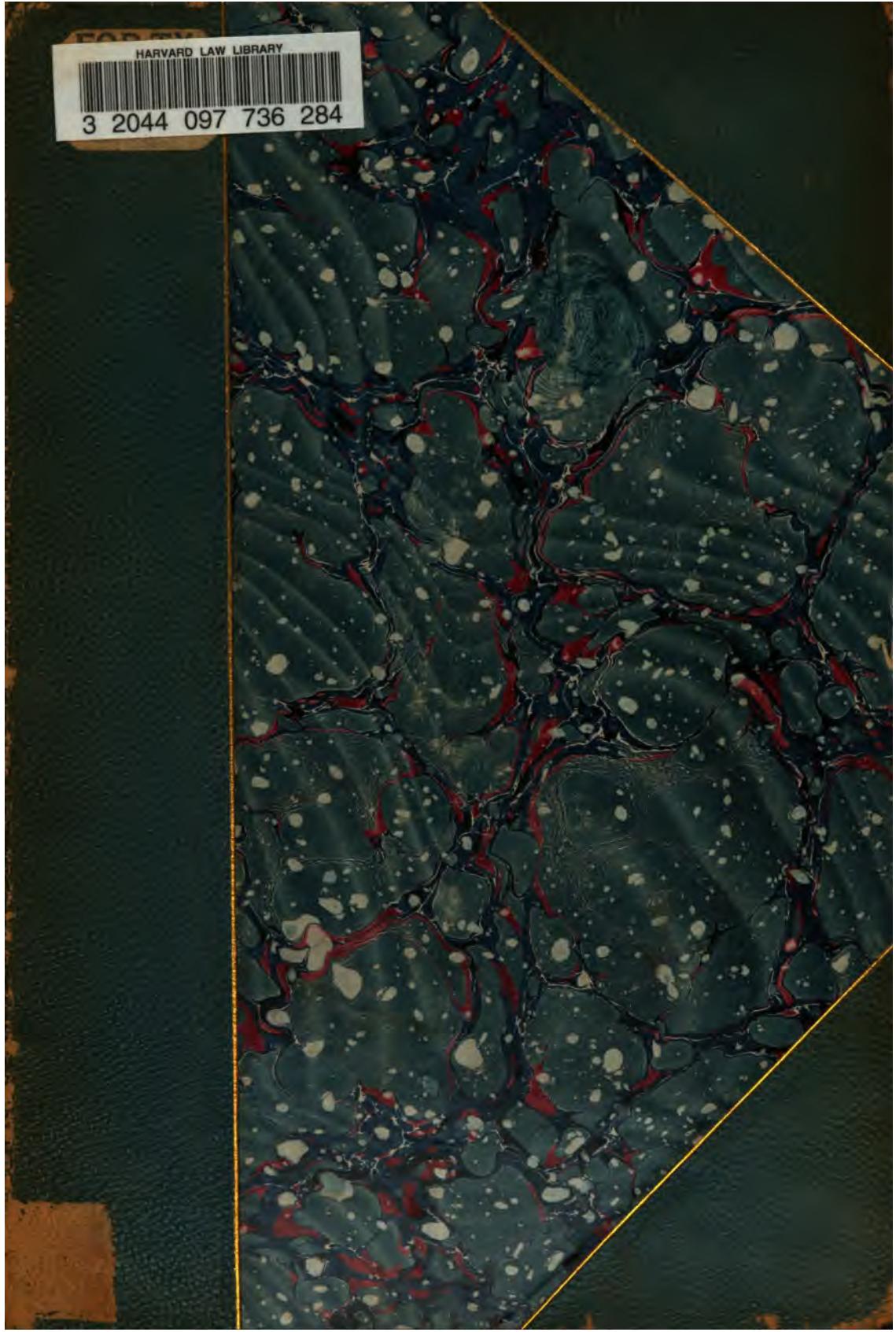
- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

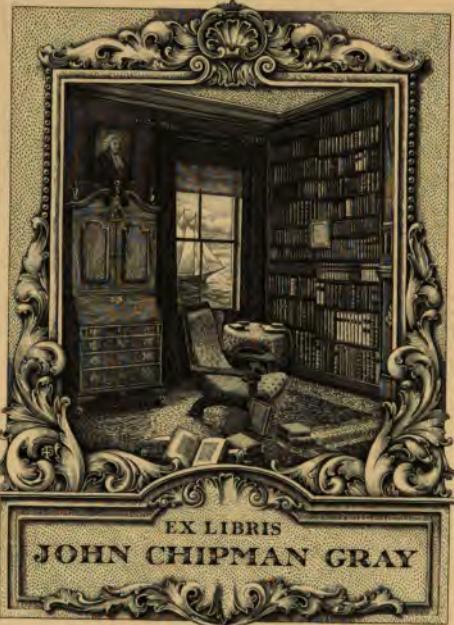
Über Google Buchsuche

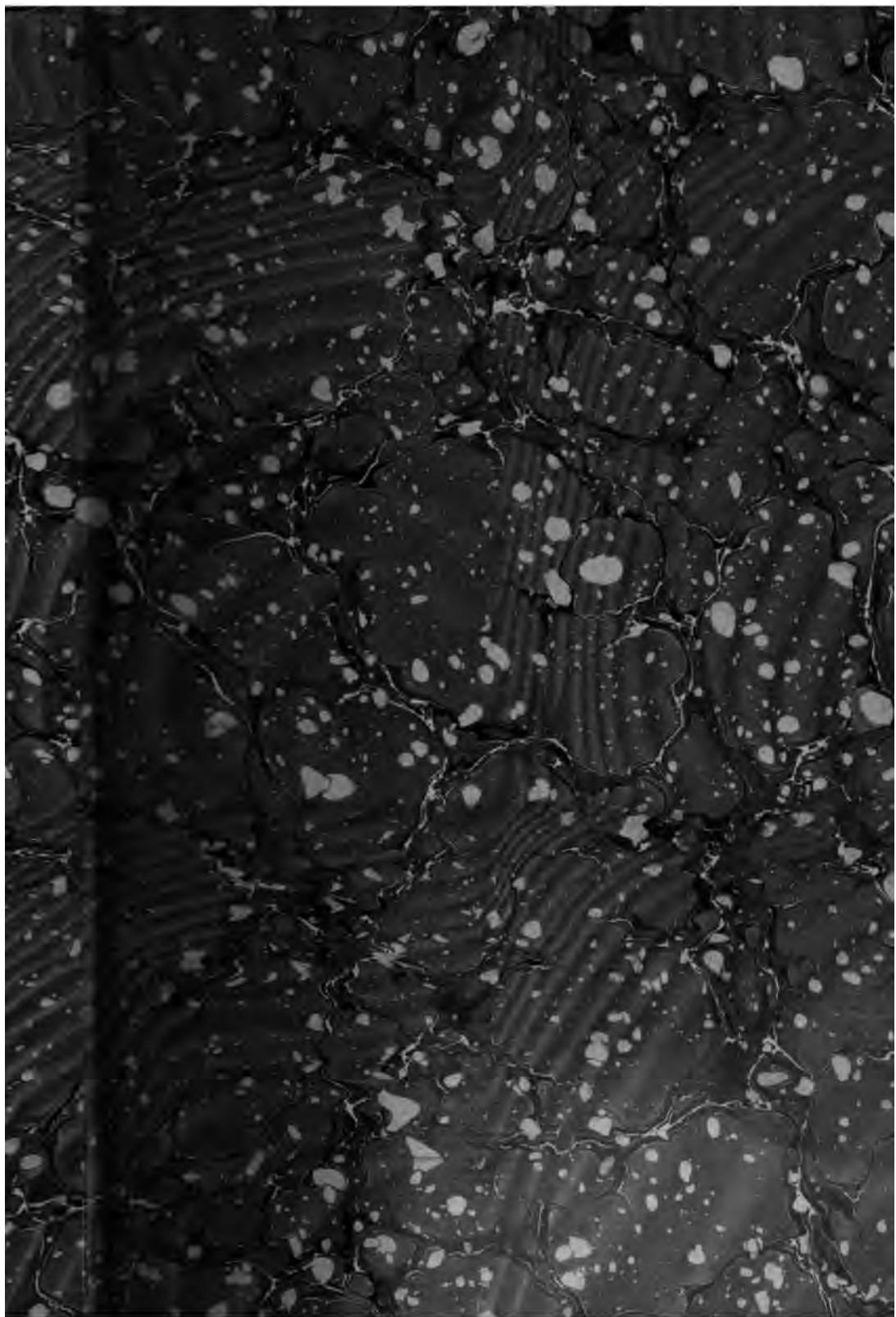
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY

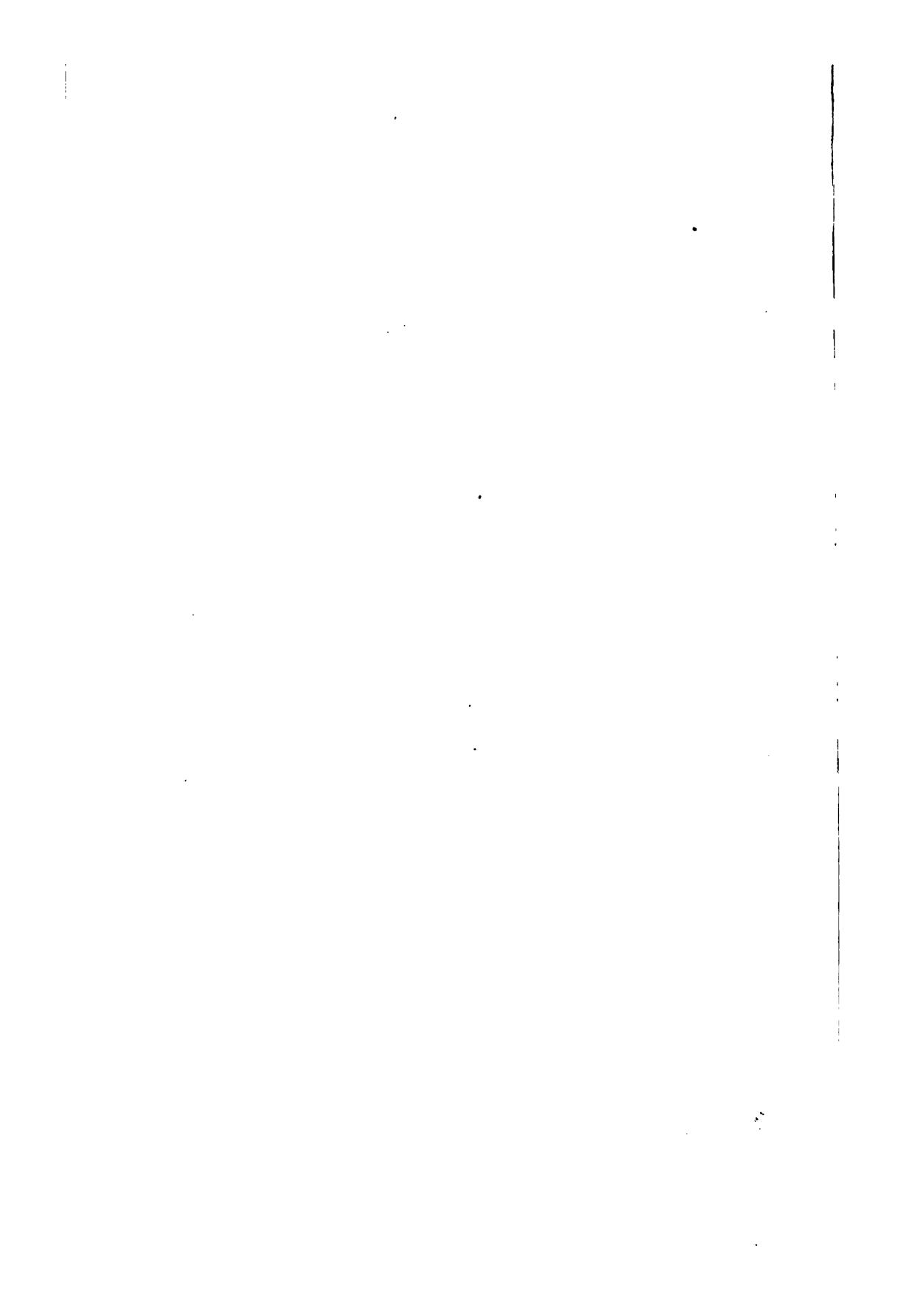
3 2044 097 736 284



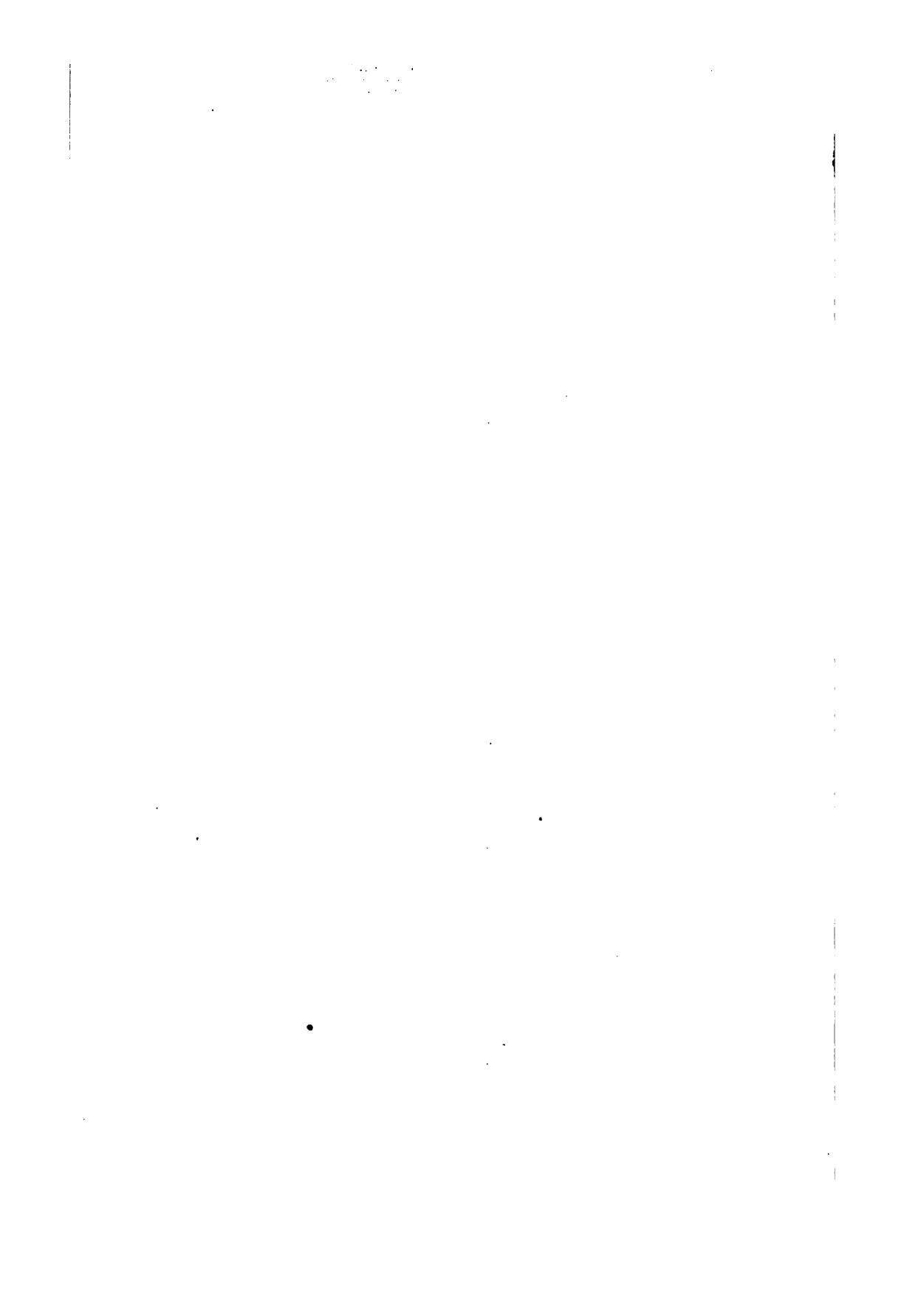




Germany







Ind. 109

INTERPOLATIONEN IN DEN PANDEKTEN.

KRITISCHE STUDIEN

von

DR. OTTO GRADENWITZ,
PRIVATDOCENTEN AN DER FRIEDRICH-WILHELM-S-UNIVERSITÄT ZU BERLIN.

BERLIN.

WEIDMANNSCHE BUCHHANDLUNG.

1887. 1912

Berlin

903.5

111

T
FO 732
G

APR 6 1933

4/6/33

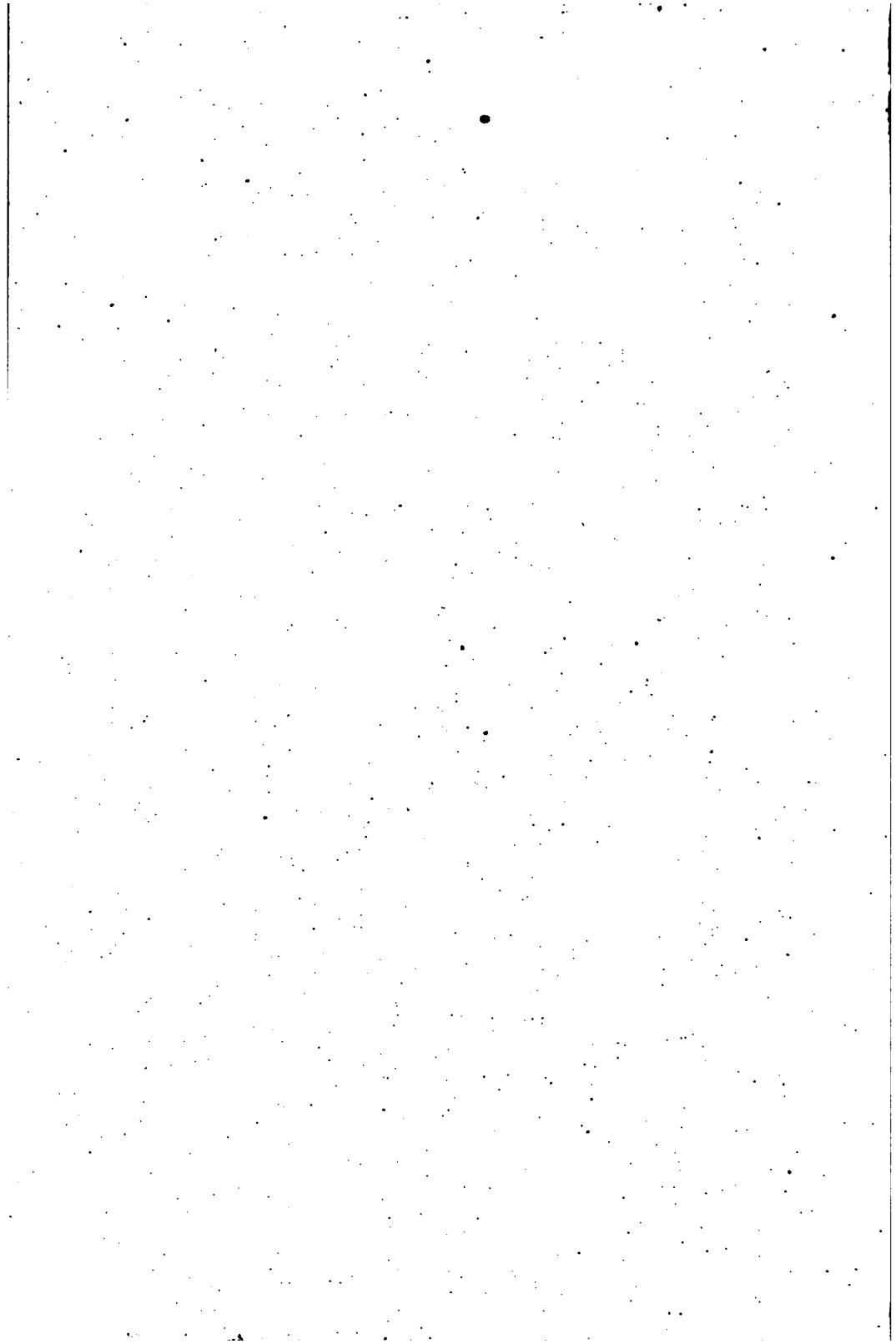
HERRN

PROFESSOR ALFRED PERNICE

VEREHRUNGSVOLL ZUGEIGNET

VOM

VERFASSER.



Inhalt.

I. Allgemeines über Interpolationen.	
§ 1. A. Begriff der Interpolationen	Seite 1
Definition — Gegensatz der Interpolationen und der Zerrüttungen des Materials durch die Ueber- lieferung.	
§ 2. B. Constatirung der Thatsache	4
I L. 25 pr. D. 19, 2; II A. L. 6 D. 24, 2; B. L. 22 § 7, 8 D. 24, 3; C. L. 33 D. 30 D. L. 1 § 36 D. 16, 3; E. L. 68 D. 6, 1; L. 25 D. 22, 3; F. L. 57 D. 18, 1; L. 5 D. 12, 4; L. 5 D. 19, 5.	
C. Methoden der Auffindung.	
§ 3. Erste Gruppe: Das hat der Classiker nicht ge- schrieben	15
I. Aeussere Gründe: 1. Gajus' Institutionen. 2. Vat. fragm. 3. Sententiae des Paulus. 4. Codex Theodosianus. 5. Tribonian verräth sich selbst: a) durch Parallelstellen, b) durch die Inscriptio- nen der Fragmente.	
§ 4. Zweite Gruppe: Das kann der Classiker nicht geschrieben haben	19
II. Innere Gründe: 1. „Das kann der Classiker nicht geschrieben haben“. A. Anachronismen: L. 10 pr. D. 2, 14. B. Geistige Inferiorität — Defensio Triboniani: L. 6 pr. D. 18, 7; L. 59 § 1 D. 23, 3. — Einzelne Merkmale: a) Abspringen vom Gegenstand — L. 5 § 1 D. 7, 5. b) Wider- spruch im Schluss — L. 60 § 2 D. 19, 2. c) Wieder-	

VI

Seite

holung der Worte — L. 34 § 1 D. 30; L. 5 § 1 D. 19, 1 — und unpassende Erweiterung des Ge- dankens — L. 29 D. 17, 1. d) Schlechte Anti- thesen. 2. „So kann der Jurist nicht geschrieben haben“: Lexicalische Gründe sicherer als grama- tikalische, — L. 8 § 3 D. 13, 7; L. 25 D. 46, 1; L. 22 § 3, 4 D. 24, 3. — Generalbeispiele: L. 16 D. 44, 7; L. 24 § 8 D. 40, 5.	
§ 5. Anhang: So schreibt Tribonian	43
Eiseles Kriterien — <i>approbaré</i> und c. 9 § 1 C. 6, 55.	

II. Sicher interpolirte Worte.

§ 6. 1. Adimplere	45
Wölfflins Urtheil über das Wort — <i>adimplere</i> bei Justinian — die Pandectenstellen: I. L. 57 D. 18, 1; II. L. 20 § 1 D. 39, 5; III. L. 32 § 2 D. 36, 1; IV. L. 43 § 1 D. 26, 7; V. L. 74 D. 29, 2; VI. L. 25 D. 34, 5.	
§ 7. 2. Coadunare	58
I. L. 9 § 1 D. 2, 14; II. L. 7 § 2 D. 10, 4.	
§ 8. 3. Satisfationem dare	64
Unmöglichkeit von <i>dationem dare</i> — I. L. 17 § 5 D. 1, 7; II. L. 7 pr. D. 39, 1; III. L. 7 § 2 D. 2, 8; IV. L. 5 pr. D. 5, 3; V. L. 32 § 16 D. 4, 8.	
§ 9. 4. Celebrare = perficere	72
I. L. 31 § 3 D. 39, 5; II. L. 61 § 1 D. 23, 3; III. L. 21 § 1 D. 13, 5.	

III. Stets verdächtige Worte.

§ 10. 1. Cumulus	75
(I. L. 8 u. II. L. 9 § 1 D. 2, 14); III. L. 2 § 44 D. 38, 17; IV. L. 3 § 3 D. 27, 2; V. L. 4 D. 36, 1.	
§ 11. 2. Regressus	79
I. L. 25 § 17 D. 5, 3; II. L. 22 § 4 D. 13, 7; III. L. 1 D. 21, 2; IV. L. 34 pr. D. 21, 2; V. L. 23 D. 21, 2; VI. L. 14 D. 21, 1; VII. L. 59 § 4 D. 17, 1; VIII. L. 9 § 3 D. 14, 6; IX. L. 9 § 1 D. 14, 4; X. L. 6 § 4 D. 26, 1; XI. L. 25 § 1 D. 42, 8.	

VII

Seite

IV. Häufig interpolirte Worte.

§ 12.	1. In casu	88
	Ueberblick — Ausgewählte Stellen — L. 10 pr. D. 2, 14 — L. 30 § 1 D. 9, 2 — L. 11 § 4 D. 27, 6 — L. 58 D. 18, 1 — L. 9 D. 5, 2 — L. 11 § 7 D. 43, 24 — L. 23 § 5 D. 6, 1 — L. 17 D. 5, 3.	
§ 13.	2. Licentiam habere und Aehnl.	97
	Licentia im Allgem. — die verdächtigen Stellen: I. L. 6 D. 24, 2; II. L. 22 § 7 D. 24, 3; III. L. 7 § 17 D. 10, 3; IV. L. 13 § 1 D. 24, 1; V. L. 25 § 3 D. 22, 3; VI. L. 32 § 2 D. 36, 1; VII. L. 14 § 4 D. 4, 2; VIII. L. 1 § 3 D. 26, 7; IX. L. 1 pr. D. 40, 12 — L. 12 § 1 D. 23, 1 — L. 1 § 3 D. 1, 12.	

V. Zur Terminologie von *Actio* und *Judicium*.

§ 14.	Allgemeines	103
	<i>Actionem dabo</i> und <i>judicium dabo</i> im Edict — <i>actio</i> , <i>jus</i> und <i>judicium</i> bei den Classikern, <i>actio</i> und <i>judicium</i> bei den Byzantinern.	
§ 15.	Bonae fidei judicia	105
	Windscheids Bekämpfung des Ausdruckes <i>actio stricti juris</i> — auch der Ausdruck <i>actio bonae fidei</i> ist unrömisch, wenn auch, eben wie jener erste, byzantiniisch.	
§ 16.	Calumniae judicium, contrarium judicium	110
	Gajus sagt <i>calumniae judicium</i> , Justinian <i>calumniae actio</i> . — <i>Contrarium judicium</i> sagt das Edict und seine Zeitgenossen, <i>contraria actio</i> sagt Justinian, — die verschiedenen Berichte über die Infamie und über die Quasicontracte. — Ulpian und Paulus haben vielleicht mitunter schon <i>contraria actio</i> gesagt.	

VI. *Actio praescriptis verbis.*

§ 17.	123
	Dem Edict unbekannt — zunächst giebt es nur <i>ein praescriptis verbis agere</i> — die Phrase <i>id est</i>	

VIII

Seite

praescriptis verbis, — die Stellen mit *actio p. v.*:
 I. L. 2 § 2 D. 43, 26 = L. 19 § 2 eod.; II. L. 28
 D. 39, 5; III. L. 5 D. 19, 5; IV. L. 17 D. 19, 5;
 V. L. 20 D. 19, 5; VI. L. 23 D. 19, 5; VII. L. 26
 D. 19, 5; VIII. L. 1 §§ 9, 10 D. 16, 3; IX. L. 9
 § 3 D. 2, 14.

VII. Das Reurecht.

§ 18. 146

Anton Faber — Ferdinand Manns. — Die Interpolation von L. 3 § 2, 3 D. 12, 4 und L. 5 pr. § 1 D. 12, 4. — Die Stellen sind im Widerspruch mit L. 19 pr. D. 12, 1 und mit sich selbst — nicht zu erklären aus dem Recht der *constitutio ad Aufidum Victorinum* — Nachweis der Interpolation im Einzelnen.

VIII. Verba und Voluntas.

§ 19. Einleitung 170

Classisches Recht, Formenstrenge — Justinian, Willensherrschaft.

§ 20. 1. Verba legati 171

Gegensatz des allgemeinen Standpunkts bei Justinian und bei den Classikern: Paul. Sent. III 6 — Scävola, insbesondere L. 41 §§ 3, 4, 6 D. 32. Die Classiker entscheiden schlechthin, Justinian lässt Gegenbeweis aus dem Willen zu, und interpolirt demgemäß desultorisch die Pandecten. — Die einzelnen Classiker: Scävola (S. 178) — Stellung zur Interpolationsfrage (S. 192). — Paulus (S. 201) — Modestinus (S. 205) — Marcellus (S. 208) — Celsus (S. 209) — Gajus (S. 214) — Ulpianus (S. 214) — Papinianus (S. 216) — Julianus (S. 216). —

§ 21. 2. Animus novandi 218

Die Praesumptiones der Classiker bezogen sich auf *verba*, Justinian schiebt den Einzelwillen in den Vordergrund.

IX

	Seite
§ 22. 3. Per quas personas nobis adquiritur	219
Die Pandectenstelle, die beim Erwerben des Sclavén dessen Willen maassgebend sein lässt (L. 1 § 19 D. 41, 2) scheint, nebst L. 1 § 20 D. 41, 2 interpolirt.	

Beilage I.

Parallelstellen aus dem Westgotischen Paulus einerseits und den Digesten, der Collatio, Consultatio an-	
dererseits	222
(Zu S. 17 und 173).	

Beilage II.

Wölfflin über adimplere	230
(Zu S. 45).	

Beilage III.

In casu in den ersten 40 Büchern der Digesten	232
(Zu S. 97).	

Beilage IV.

Potest dici bei Ulpianus in den ersten 29 Büchern der Digesten	236
(Zu S. 160).	

Beilage V.

Certiorare in den ersten 29 Büchern der Digesten	237
(Zu S. 163).	

Pandectenstellen	241
-----------------------------------	------------

Berichtigungen.

S. 3 Z. 7 v. oben l. L. 7 § 2 statt L. 7 § 1.
- 17 - 1 - - - *possessio* statt *prosessio*.
- 23 - 3 - - - L. 39 pr. statt L. 37 pr.
- 37 - 3 - unten - *ex stipulatu* statt *ex stipulata*.
- 39 - 5 - - - unerwartet statt ungebräuchlich.
- 97 - 5 - - - L. 13 pr. D. 7, 1 statt L. 13 § 1 D. 7, 1.
- 100 - 5 - - - L. 33 § 1 statt L. 3 § 1.
- 101 - 14 - oben - L. 7 § 5 D. 40, 12 statt L. 3 § 5 D. 40, 12.
- 102 - 7 - unten - L. 3 D. 2, 1 statt L. 3 D. 5, 1.
- 102 - 3 - - - *testium* statt *tertium*.
- 106 - 5 - - - L. 1 § 23 D. 16, 3 statt L. 1 § 23 D. 16, 1.
- 110 - 8 - - - *bonae* statt *bona*.
- 131 - 2 - oben - L. 33 § 3 statt L. 31 § 3.
- 144 - 10 - unten - L. 9 § 3 D. 4, 3 statt L. 9 § 3 in f.
- 156 - 13 - oben - *repetitio* statt *repetito*.
- 162 Anmerkung 1 - L. 34 § 1 D. 12, 2 statt L. 37 D. 12, 2.
- 188 Z. 8 v. oben - L. 80 § 14 D. 36, 1 statt L. 80 § 14 D. 30, 1.
- 189 - 9 - - - L. 243 D. 50, 16 statt L. 243 D. 50, 10.
- 195 Anmerkung Z. 2 v. o. l. D. 23, 3 statt 22, 4.
- 205 Z. 5 v. unten l. L. 63 § 1 D. 28, 5 statt L. 31 § 1 D. 36, 1.

I. Allgemeines über Interpolationen.

§ 1. A. Begriff der Interpolationen.

Interpolationen sind die Veränderungen, welche die Justinianische Gesetzgebungscommission mit den in die Pandecten (und den Codex) recipirten Excerpten aus Juristenschriften (und Kaisererlassen) zum Zweck dieser Reception vorgenommen hat.

Keine Interpolationen sind:

1. Die Veränderungen, welche das Material im Laufe der Zeit durch Missverständnisse, Abschreiberversehen etc. bereits erlitten hatte, als es den Compilatoren vorlag.

Solche Veränderungen sind natürlich für uns höchst selten zu vermuthen, niemals mit Sicherheit zu erkennen; denn selbst, wenn uns der Text anderweitig erhalten ist, bleibt die Möglichkeit, dass die Compilatoren bewusst geändert, d. h. interpolirt haben; Mommsen vermutet solche Entstellungen des den Compilatoren vorliegenden Materials wohl in L. 24 § 3. D. 16, 1: *ex praecedenti causa continua tempora* statt *ex causa praecedenti continua tempora* und auch in L. 45. § 8. D. 17, 1: *sequenti mandato* statt *sequente me mandatum*.

2. Die Veränderungen, welche Justinians Gesetzbücher durch die Ueberlieferung erlitten haben, also die Entstellungen durch Glosseme etc.

Auch hier ist die Grenze gegen Interpolationen meistens nicht mit Sicherheit zu erkennen, vgl. z. B. L. 5. § 1. D. 19, 1 und dazu Seite 33.

3. Die Aenderungen, welche die Institutionen Justinians im Vergleich zu den Institutionen des Gajus und den anderen Quellen aufweisen: denn charakteristisch für den Begriff der Interpolation ist, dass die Compilatoren Jemand etwas Anderes sagen lassen, als er tatsächlich gesagt hat: in den Institutionen aber spricht Justinian, und da sie nicht Originalwerk sind, so könnte man umgekehrt die ganzen Institutionen eine einzige grosse Interpolation nennen.

Wenn diese Veränderungen bei den Institutionen auch nicht Interpolationen sind, so sind sie doch für die Erkenntniss der eigentlichen Interpolationen höchst wichtig, denn die Institutionen röhren von Verfassern her, die bei den übrigen Gesetzbüchern Justinians in hervorragender Weise betheiligt waren; sie sind wohl unzweifelhaft nach denselben Grundsätzen ausgearbeitet, wie jene grösseren Werke, und der Zufall, dass in Gajus' Institutionen der Urtext uns erhalten ist, gestattet uns, bei den Institutionen häufigere und tiefere Blicke in die Arbeit der Compilatoren zu thun, als dies bei den Sammelwerken der Fall ist.

Das Gesagte ist wohl allgemein anerkannt, der Grund, aus welchem es hier ausgesprochen wurde, ist folgender: unsere Ueberlieferung der Digesten als solcher durch die Florentina ist eine verhältnissmässig gute.

In Folge dessen hat, wer eine Entstellung des Digesten-
textes (vergleiche sub 2) behauptet, eine sehr grosse
Wahrscheinlichkeit gegen sich; er hat sie schon dann
gegen sich, wenn er blos negativ die Ueberlieferung
angreift; will er sie positiv durch Conjecturen ersetzen,
so wird er stets auf irgend erhebliche Sicherheit ver-
zichten müssen (vgl. hierzu das von Dernburg, Pand. I
S. 19 Anm. 7 bei Gelegenheit von L. 7 § 1 D. 20, 5
bemerkte). Nun stimmen die Interpolationen darin mit
jenen Zerrüttungen der Ueberlieferung überein, dass ihre
Auffindung eine Veränderung des hergebrachten Textes
zur Folge hat; nur hat die Aufdeckung von Interpolo-
tionen zur Folge, dass die Classiker, die von Ver-
stümmelungen der Ueberlieferung, dass die Pandecten
anders gelesen werden. Aus diesem Umstande, dass
beide Arten von Abnormitäten eine Textesänderung er-
geben, könnte man leicht, mehr oder weniger bewusst,
schliessen, dass Interpolationen in den Pandecten
a priori ebenso unwahrscheinlich sind, wie bedeutende
Verstümmelungen in unserer Ueberlieferung der Pan-
decten. Dieser Schluss aber trifft nicht zu. Gegen die
Annahme einer Interpolation spricht *a priori* schlecht-
hin nichts, denn von Justinian ist die Vollmacht zum
Interpoliren ertheilt worden; ob eine Interpolation vor-
liegt, ist daher nur nach den concreten Umständen zu
beurtheilen, und erst, wenn eine bedeutende Anzahl
von Interpolationen unzweifelhaft festgestellt ist, wird
sich ein Ueberblick darüber gewinnen lassen, welche
relative Wahrscheinlichkeit eine Interpolation bei einem
Classiker im Verhältniss zu den anderen hat. Also: eine
Änderung des Textes der Florentina im Sinne Justi-

nians ist *a priori* im Vergleich zur Constatirung einer Interpolation ein verwegenes Wagniss.

§ 2. B. Constatirung der Thatsache.

Interpolationen sind Veränderungen; sie sind entweder Zusätze oder sinnändernde Weglassungen oder beides zugleich, d. h. Ersetzung ächter Worte durch neue; in allen drei Richtungen kommen sie sehr häufig vor und erstrecken sich von der Entstellung einzelner Worte und Wortfügungen bis zur Aufnahme ganzer unächter Abhandlungen auf der einen Seite, und auf der anderen Seite bis dahin, dass der Sinn einer Ausführung durch Weglassung oder Umgestaltung auf den Kopf gestellt wird.

Die Thatsache wird im Allgemeinen nicht gelegnet werden, und Mommsens Pandectenausgabe bietet soviel beweisende Parallelstellen aus den einzeln erhaltenen juristischen Werken, Krügers Codexausgabe soviele aus den früheren Sammlungen der Leges, dass es völlig überflüssig ist, Beispiele für Alles aufzuführen.

Dagegen ist zur Zeit keine grosse Geneigtheit vorhanden, anzuerkennen, dass ganze Leges in den Digesten unächt sind¹⁾, und darum mögen hier einige Beispiele von solchen Fragmenten stehen, deren Unächttheit auf der Hand liegt:

I. Es giebt eine Stelle in den Pandecten, deren byzantinischer Ursprung durch einen seltsamen Zufall rein äusserlich so gut beglaubigt ist, dass ein weiterer Beweis unnöthig ist.

¹⁾ Vgl. darüber Eisele, Zeitschrift für R. G. Bd. 7 S. 17.

Dies ist L. 25. pr. D. 19, 2; angeblich, und was einen Theil des Thatbestandes anbelangt, wirklich, von Gajus. Weder Cujaz¹⁾ noch Anton Faber²⁾ konnten sich darüber täuschen, dass die Stelle von Tribonian herröhrt; in unserem Jahrhundert ist durch die Auffindung der Institutionen des Gajus nicht sowohl das letzte Glied in die Kette des Beweises gefügt, als vielmehr die Probe auf das Exempel gemacht worden. Indem ich die Stelle hierher setze, enthalte ich mich aller aus ihr selbst zu entnehmenden Beweise und lasse blos die äusseren Thatsachen für sich sprechen.

(Siehe umstehend.)

So lag die Sache vor Auffindung des Gajus; man hatte hiernach die Wahl zwischen folgenden zwei Annahmen: entweder konnte Justinian die Ansicht des Gajus gebilligt und in Institutionen und Codex als die seinige vorgebracht haben, ohne sich zu erinnern, dass er sie in den Pandecten bereits unter Gajus' Namen aufgeführt hatte; oder Justinian hatte im Jahre 530 eine Constitution erlassen, deren Inhalt er bei der Abfassung der Pandecten in diese letzteren hineingetragen zu sehen wünschte: zu diesem Zweck wurde von der Ausführung des Gajus über den betreffenden Fall die Entscheidung weggeschnitten und durch diejenige Justinians ersetzt. Als man später zur Abfassung des Codex kam, wurde die betreffende Constitution in denselben aufgenommen, und auch die Institutionen brachten die Entscheidung, — wie dies nicht ungewöhnlich ist.

¹⁾ Opp. X 447 c der Neapolitana.

²⁾ Vgl. Schulting ad h. l.

Gajus. L. 25. pr. D. 19. 2. § 1. J. 3,23,..

C 15. § 1. C. 4, 38 (a. 530)

Si merces promissa sit gene-
raliter alieno arbitrio, locatio
et conductio contrahi non ui-
detur: sin autem quanti Titius
aestimauerit, sub hac condi-
cione stare locationem, ut, si
quidem ipse qui nominatus est
mercedem definierit, omni-
modo secundum ejus aestima-
tionem et mercedem persolu-
oporteat et conductio ad
effectum peruenire: sin autem
ille uel noluerit uel non po-
tuerit mercedem definire, tunc
pro nihilo esse conductio-
nem quasi nulla mercede statuta

(alioquin) si ita inter aliquos
convenerit, ut
quanti
Titius rem aestimaverit, sub hac
condicione starer contractus ut,
si quidem ipse qui nominatus
est pretium definierit, omni-
modo secundum ejus aestima-
tionem et pretium persolvatur
et res tradatur ut venditio ad
effectum perducatur empore
quidem ex empto actione ven-
ditore autem ex vendito agente;
sin autem ille qui nominatus
definire, tunc pro nihilo esse
venditionem quasi nullo pretio
statuto

quanti
Titius rem aestimaverit, sub hac
condicione starer contractus ut,
si quidem ipse qui nominatus
est pretium definierit, omni-
modo secundum ejus aestima-
tionem et pretia persolvi et
venditionem ad effectum per-
venire, sive in scriptis sive sine
scriptis; sin autem ille vel no-
luerit vel non potuerit pretium
definire, tunc pro nihilo esse
venditionem quasi nullo pretio
statuto

Man hatte also bis zum Jahre 1816 die Wahl, Justinian zu einem vergesslichen Plagiator oder zu einem vergesslichen Interpolator zu machen. Die Wahl ist den sprachgelehrten Juristen des 16. Jahrhunderts nicht schwer gefallen, und in der That, wenn man Justinians Decisionen durchmustert, so muss man sagen: ein Plagiator ist er darin nicht; gar häufig liebt er es im Gegentheil, breitspurig die Vertreter der verschiedenen Meinungen aufzuzählen, deren einer er sich schliesslich zuneigt; seine Ehre sucht er nicht minder darin, nach dem Richtigen in alten und berühmten Quellen gesucht, als darin, es selbst erdacht zu haben. Auch die Institutionen kann man nicht eigentlich ein Plagiat nennen, denn das Publicationspatent nennt sie ausdrücklich *ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaji nostri tam institutionum quam rerum cotidianarum aliisque multis commentariis compositas (C. imperatoriam majestatem § 6.)*

Jetzt ist aber im Gajus III § 140 bzw. 143 Folgendes zu lesen:

Premium autem certum esse debet: alioquin si ita inter nos conuenerit ut quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit empta, Labeo negauit, ullam uim hoc negotium habere; quam sententiam Cassius probat: (at) Ofilius et eam emptionem putat et uenditionem; cuius opinionem Proculus secutus est.

§ 143. Unde si alieno arbitrio merces promissa sit, uelut, quanti Titius aestimauerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur: qua de causa si fulloni polienda curandaue sarcinatori sacerienda uestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tan-

tum datus, quanti inter nos conuenerit quaeritur an locatio et conductio contrahatur.

Hiernach ist klar: dem Juristen Gajus war die Entscheidung, die ihm in L. 25. pr. zugeschrieben wird, völlig fremd; er kennt nur einen Streit der Schulen über unsere Frage; diesen Bericht konnten die Verfasser der Institutionen nicht brauchen, weil Justinian selbst eine Entscheidung gefällt hatte. Daher bricht in den kaiserlichen Institutionen die Erzählung aus Gajus plötzlich ab, und es erscheint Justinian auf der Bildfläche. Dies ist ganz natürlich. Befremdlicher ist das Verfahren der Pandectenverfasser. Diese fanden natürlich in Gajus 10. Buch *ad edictum provinciale* ähnliche Ausführungen, wie wir sie im Gajus III 143 lesen¹⁾.

Wenn sie nun die Entscheidung des Gajus nicht brauchen konnten, weshalb haben sie nicht die ganze Ausführung unterdrückt? weshalb haben sie Justinians Entscheidung dem Gajus zugeschrieben? Dies wird fast unbegreiflich, sobald man annimmt, dass der Plan zum *Codex repetitae praelectionis* bereits gefasst war. Denn in diesem Falle war es schlechthin gegeben, das alte Recht auszumerzen und im Codex das neue vorzutragen. Anders, wenn man sich noch in der Nothlage befand, welche später zu der Idee führte, einen neuen Codex

¹⁾ Denn auf den Gedanken, dass Gajus, im Widerspruch sowohl mit Cassius, als mit Proculus, ohne eine Bemerkung über dissentirende Meinungen, den complicirten und willkürlichen Entscheid der L. 25. pr. aus sich heraus wirklich gegeben habe, wird Niemand im Ernst kommen; solche Decisionen gehen über die wissenschaftliche Ausbildung des Rechtes, wie sie dem Juristen in Rom gestattet war, weit hinaus; sie sind Gesetzgebungsacte und nur den gesetzgebenden Factoren möglich.

auszuarbeiten. Zu der Zeit, als die Pandectencommission beim Titel *locati* stand, war in der That der Entschluss, einen neuen Codex zu machen, wohl noch nicht gefasst, und daher die Commission bemüht, solche Entscheidungen Justinians, welche zeitlich dem *Vetus codex* nachstanden, mit sanfter Gewalt in den Pandecten unterzubringen, damit sie auf diese Weise doch in die Gesetzesammlung hineinkämen. Nur so scheint es mir zu begreifen, dass die Compilatoren vom negativen Ausmerzen auch zum positiven Einschalten moderner Gedankengänge fortschritten.

Unter dieser Voraussetzung erklärt sich auch eine Thatsache, die zunächst höchst befreudlich erscheint, aber schon von Cujaz¹⁾ festgestellt ist. Es giebt Interpolationen, deren Inhalt sich in den *Novellae* wiederfindet. Das ist so zu begreifen, dass die betreffenden legislatorischen Erwägungen zur Zeit der Abfassung der Digesten bestanden und zwar noch nicht bis 534, wohl aber 535—545 zu einem Justinianischen Gesetz führten. Für die obige Vermuthung spricht noch ein Schluss, der aus folgender Erwägung gezogen werden kann: man mag die Gewissenhaftigkeit der Compilatoren in Beziehung auf antiquarische Richtigkeit noch so gering anschlagen, so wird man doch zugeben müssen, dass der Entschluss, einem Menschen eine Gedankenreihe zuschreiben, die ihm völlig fremd war und fremd sein musste, kein leichter gewesen ist; es wäre eine grosse Thorheit gewesen, das ganze Digestenwerk durch eine L. 25. pr. locati moralisch zu verunstalten, wenn man

¹⁾ Opp. II 1071 A.

nicht die Absicht hatte, ebensolche Unwahrheiten noch an vielen anderen Stellen anzubringen; mit anderen Worten: der Umstand, dass L. 25. pr. ganz ohne Zweifel Justinians Arbeit ist, giebt ein sehr starkes Argument dafür, dass ebensolche Justiniansche Gesetze noch ausserdem in den Pandecten stehen; denn es lässt sich durchaus kein Grund einsehen, aus dem gerade die jetzige c. ult. C. 8, 34 in die Pandecten hineinkommen musste, wenn sonst keine Justinianischen Gedanken-gänge in denselben zu finden wären.

Nun sind in der That ausser L. 25 pr. noch eine ganze Anzahl von Pandectenstellen durchaus unächt; diese reichen aber, soweit mir bekannt, nicht über Buch 39, so dass auch hieraus wieder sich schliessen lässt, dass nach dem ursprünglichen Plane die Justinianischen Gesetze möglichst mit in die Pandecten verarbeitet werden sollten; dass dies aber bei den letzten Büchern nicht mehr geschah, — weil da schon der Gedanke Platze gegriffen hatte, diese Gesetze in einen neuen Codex unterzubringen.

II. Ein so vollständiger, rein äusserlicher Beweis für die Interpolation einer ganzen Ausführung, wie bei L. 25 pr., lässt sich nun freilich bei anderen Stellen nicht führen; immerhin wird, ohne dass man nöthig hätte, auf Einzelheiten einzugehen, die Interpolation völlig zweifellos bei folgenden Stellen:

A. L. 6. D. 24, 2. Julianus libro 66 digestorum Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate con-

stitutum nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium¹⁾), nisi malling ipsae mulieres causam repudii praestare. sin autem in incerto est, an vi-vus apud hostes teneatur vel morte praeventus, tunc, si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, li- centiam habet mulier ad alias migrare nuptias, ita tam-en, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium et unusquisque suum jus habeat immi-nutum: eodem jure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.

Womit zu vergleichen ist L. 22 § 7, 8 D. 24, 3

Ulpianus libro 33 ad edictum: Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tra-tamus. et illud quidem dubio procul observatur eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. an autem illa re-pudianda est, considerandum est. et si quidem inter-vallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente ea persona, quae cum compos mentis esset, ita furenti quemad-modum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas; quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procre-andae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere: ut nullius

¹⁾ Vgl. Just. in c. 2. C. 6, 40: *ad secundas migrare nuptias.* c. ult. § 3 C. 6, 58: *ad secundas nuptias migrantibus.* c. 13 § 1 C. 6, 58: *ad secundas migraverit nuptias.*

culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat. § 8. Sin autem in saevisimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium callidate non vult, spernit autem infelicitatem uxoris et non ad eam flectitur nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dotem: tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati adire judicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae ejus succurrere et nihil praetermittere eorum, quae maritum uxori adferre decet, secundum dotis quantitatem. sin vero dotem ita dissipatur ita manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solacium una cum sua familia, pactis videlicet dotalibus, quae inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus et alterius exspectantibus sanitatem et mortis eventum.

Diese beiden Stellen mit ihren Anschauungen von der Ehescheidung und der zweiten Ehe sind schlechterdings nur vom Standpunkt der christlichen Kaiserzeit aus verständlich. Zur Zeit von Julian bzw. Ulpian konnte kein Mensch das schreiben, was die Compilatoren Julian und Ulpian schreiben lassen. In beiden Stellen gehört, von den Einleitungsformeln der Lex 6 abgesehen, nicht ein einziges Wort dem Juristen, unter dessen Namen die Stelle auftritt¹⁾.

C. L. 33. D. 3o. Paulus libro 3. regularum

Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem conjunctim, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat,

¹⁾ Cujaz, Opp. II 886 A B.

non plus quam partem habebit is qui ex testamento aget. quod si separatim, si quidem evidentissime apparuerit ademptione a priore legatario facta ad secundum legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet; sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire; scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est utrumque eorum solidum accipere voluisse; tunc enim uni pretium, alii ipsa res adsignatur electione rei vel pretii servanda ei, qui prior de legato sive fideicommisso item contestatus est, ita tamen, ut non habeat licentiam altero electo ad alterum transire.

Nach classischem Recht gelten bekanntlich über das Rechtsverhältniss der Collegatare ganz andere Regeln, als die in vorstehender wunderlicher Ausführung angeblich von Paulus gegebenen. Nachdem die Unterschiede zwischen den *genera legatorum*, welche noch in den *fragm. Vat.* eine so grosse Rolle spielen, zu Gunsten des spät-Kaiserlichen Vermächtnisses hatten aufhören müssen, war natürlich eine andere Behandlung der Collegatare im Allgemeinen nothwendig geworden, als die in classischer Zeit in Geltung gewesene, eben auf jenen *genera legatorum* beruhende. Daher muss der Zeitgenosse der Severe in L. 33 sagen, was in der Zeit vor Constantins Söhnen Niemand auch nur für möglich halten konnte.

D. Zu diesen Stellen gehört meines Erachtens auch L. 1 § 36 D. 16, 3. Ulpianus libro 30 ad edictum:

Si pecunia in sacculo signato deposita sit et unus ex heredibus ejus qui depositum veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est; promenda pecunia est vel coram praetore vel intervenientibus honestis

personis et exsolvenda pro parte hereditaria: sed et si resignetur, non contra legem depositi fiet, cum vel praetore auctore vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet: residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit (sigillis videlicet prius ei impressis vel a praetore vel ab his, quibus coram signacula remota sunt) vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere satisdatione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra ejus partem est; satisdatione autem non interveniente rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari.

Die emphatische Ausdrucksweise, die Zuziehung von *honestae personae*, die vielen Cautionen, die Siegelung durch den Prätor¹⁾ oder durch die *honestae personae*, Alles dies lässt die Annahme, dass die Stelle wirklich von Ulpian herrührt, mehr als bedenklich erscheinen; ferner ist zu beachten, dass § 35 und 37 eod. aus Julian geschöpft sind. Dazwischen steht nun unser Paragraph, der gar keine litterarische Notiz enthält, recht sonderbar. Lässt man ihn weg, so ist der Zusammenhang in Ulpians Darstellung wieder gefunden. Verursacht ist § 36 wohl durch die Julianische Ausführung in § 37, wo es sich ebenfalls um Rückgabe des Depositum an Erben handelt.

E. Dahin sind denn auch die bekannten L. L. 68 D. 6, 1; 25 D. 22, 3 zu ziehen, obwohl eine völlige Uebereinstimmung der Meinungen über diese Stellen noch immer nicht erzielt ist. Speciell in der Behand-

¹⁾ Vgl. c. 1. § 2 C. 7,7 (Just.): *et sigillo impresso in aedem sacram deponere.*

lung der L. 25 cit. macht sich immer noch die Vorstellung geltend, als müsse man bis auf den strictesten Gegenbeweis (um mit Justinian zu reden: *nisi manifestissime contrarium approbetur*) annehmen, dass, was unter Paulus' Namen geht, auch Paulus angehöre; sobald ein paar Worte vorkommen, die Paulus auch geschrieben haben könnte, glaubt man vielfach, sie ihm auch zuschreiben zu müssen; dem gegenüber möchte ich bemerken, dass es doch offenbar viel leichter ist, eine ganz neue Deduction zu liefern, als eine Deduction an einige wenige Worte eines Originals anzugliedern.

Was hätte beispielsweise die Compilatoren veranlassen können, in L. 25. dem Paulus die Ausführungen bis § 3 unterzuschieben, dann aber im § 4 einige Worte von ihm als Gerüst für ihren Aufbau zu benutzen? Da scheint es mir eine viel natürlichere Vorstellung, dass die Compilatoren die ganze Antwort auf die von Paulus (vielleicht nicht in der uns vorliegenden Form) gestellte Frage frei erfunden, als dass sie sich zum Schluss, wie zum Hohn, noch einmal seiner — wie zugegeben wird, arg entstellten — Worte bedient haben.

F. Ueber andere Stellen gleicher Art, wie L. 57 D. 18, 1, L. 5 D. 12, 4, L. 5 D. 19, 5, wird später ausführlich die Rede sein. Hier sollte die Thatsache, dass ganze Deductionen in den Pandecten Compilatorenwerk sind, in ihrer Allgemeinheit illustrirt werden.

C. Methoden der Auffindung.

§ 3. Erste Gruppe: Das hat der Classiker nicht geschrieben.

Nachdem die Erscheinung im Allgemeinen an Bei-

spielen, die für die Erkenntniss aussergewöhnlich günstig liegen, festgestellt worden ist, fragt es sich, welche Wege dazu führen, dieselbe in schwierigeren Fällen zu constatiren.

Da giebt es nun zwei Möglichkeiten, die kurz so unterschieden werden können: entweder das Resultat ist assertorisch: das hat der Jurist nicht geschrieben (*non scripsit*), oder es ist apodictisch: das kann der Jurist nicht geschrieben haben (*scribere non potuit*); das erste folgt aus Gründen, welche äussere genannt werden sollen, weil sie nicht aus der Stelle selbst entnommen werden, das zweite umgekehrt aus inneren Gründen.

I. Aeussere Gründe:

Das hat der Jurist nicht geschrieben, denn das Zeugniß, welches Justinian dafür aufstellt, wird durch vollwichtigere dagegen aufgehoben.

Solche äussere Zeugnisse dagegen sind nun zunächst die einzeln erhaltenen Juristenwerke:

1. Vor Allem Gajus' Institutionen. Dieselben haben ihre grosse Wichtigkeit in dieser Beziehung vor Allem in der Vergleichung mit Justinians Institutionen. Doch sind bekanntlich auch in die Pandecten Stellen aus den Institutionen des Gajus aufgenommen. Dass der Text des Gajus hier unbedingt vor dem Justinians den Vortzug verdient, kann natürlich nicht bezweifelt werden. Wenn also L. 10 § 2 D. 41, 1 mit den Worten schliesst: *unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis adquiritur*, Gajus aber (II 89) *unde etiam per eos usucatio procedit*, so kann nicht der mindeste Zweifel sein, dass Justinian hier in Folge seiner bekannten Vor-

liebe für die *longi temporis prosessio* den Text des Gajus verändert hat. Wir erfahren hier also durch den ächten Text, dass der Justinianische unächt ist, und gewinnen positiv und negativ.

2. Die *Vat. fragm.* sind ebenfalls von bedeutender Wichtigkeit. Dass sie dem Justinianschen Texte vorgehen, wo sie ihm widersprechen, ist unzweifelhaft, ebenso dass, wo die Vat. ausführlicher sind, Justinian etwas weggelassen hat. Bedenken können nur da aufsteigen, wo Justinian mehr giebt, als die Vat. (wie bei dem *non jussu ejus* etc. des Infamenkatalogs. In einer Stelle ist erweisbar, dass, was Justinian mehr giebt, als Vat. fragm., nicht von Papinian herrührt.¹⁾)

3. Von den übrigen Schriften erwähne ich noch die *sententiae* des Paulus.

Die in der Beilage folgende Uebersicht über die Parallelstellen (nach Huschke und Krüger angefertigt) lässt erkennen, dass die Präsumption für die Westgothen ist.

4. Für den Codex leistet denselben Dienst der Codex Theodosianus, der sowohl in seinen Weglassungen als in seinen Zusätzen den Justinianischen verbessert. Von der Verstümmelung auch der Kaisererlasse durch Justinian hat Krüger ein vor vielen anderen besonders ergötzliches Beispiel in c. ult. C. J. 10, 10 (von Theodosius und Valentinianus) aufgedeckt.

5. Endlich ist noch der unfreiwilligen Beihülfe zur

¹⁾ Vgl. L. 31 § 1 D. 39, 5 mit Vat. § 254. — Ein Anderes ist natürlich dies Vorkommnis, dass, wie in L. 1 D. 3, 2, vgl. mit Vat. 320, die Vaticana nicht die ganze Erörterung bringen.

Gradenwitz, Interpolationen.

2

Auffindung von Interpolationen zu gedenken, die uns von Justinian selbst in doppelter Weise gegeben wird:

a) Einmal in Parallelstellen der Institutionen und des Codex, durch welche das, was angeblich schon die Classiker gesagt haben, als ein Erzeugniss späterer Jahrhunderte erwiesen wird.

b) Durch die Inscriptionen. Auf den grossen Werth, welcher diesen für die Auffindung von Interpolationen zukommt, ist in neuester Zeit durch Lenels Entdeckungen die Aufmerksamkeit der ganzen juristischen Welt gelenkt worden. Hier nur einige Worte über den Grund, welchen die Compilatoren hatten, die Inscriptionen stehen zu lassen: es hat sich dies historisch ganz von selbst gemacht: Bei früheren Sammlungen war es üblich gewesen, die Inscriptionen zu benennen, und der Compilator oder die Subcommission, denen die Aufgabe zufiel, das betreffende Werk zu excerpiren, musste natürlich die Inscriptionen anführen, um ein Nachschlagen im Plenum zu ermöglichen; man hätte also am Schluss der ganzen Arbeit die schon fertig stehenden Inscriptionen wieder wegstreichen müssen, und das ging mit den ganzen Inscriptionen doch nicht, und zwar aus folgendem einfachem Grunde: die Ausführungen der Juristen waren mit Citaten durchsetzt, und den Citaten waren die Namen der Citirten beigefügt; auch diese Namen ganz vollständig herauszureissen, war ganz unmöglich¹⁾, weil sich sonst in dem

¹⁾ Unmöglich — wofern man nicht, wie es in L. 27 § 10 D. 9, 2 (cfr. Coll. 12, 7, 8) und sonst öfters geschehen ist, auch in den Deductionen die entsprechenden Kürzungen vornahm.

Gewirr der Meinungen Niemand zurechtgefunden hätte; liess man aber einmal diese Namen stehen, so war es lächerlichste Kleinlichkeit, gerade den Namen der Referenten an der Spitze tilgen zu wollen; die Namen der Verfasser musste man also stehen lassen; man konnte die Titel der Bücher streichen; dazu aber hatte man denn doch zuviel Byzantinismus und zu wenig Vandalismus, d. h. zuviel Eitelkeit und nicht genügend Rohheit.

§ 4. Zweite Gruppe: Das kann der Classiker nicht geschrieben haben.

II. Wichtiger und vielseitiger ist die Betrachtung der zweiten Methode. Jede Kritik, welche zu dem Schlusse kommt, dass ein Schriftsteller eine bestimmte Stelle nicht könne geschrieben haben, wird entweder sagen: das kann er nicht gesagt haben, oder: so kann er es nicht gesagt haben; die erste Aeusserung bezieht sich auf den Inhalt, die zweite auf die Form. Die erste spricht dem Schriftsteller die Möglichkeit ab, diesen Gedanken gefasst zu haben, die zweite: den Gedanken so ausgedrückt zu haben.

1. Welche Gründe berechtigen nun *in concreto* zu dem Schluss: das kann der Jurist nicht gesagt haben? Bei der Antwort hierauf muss man sich die Zeit, in welcher der Jurist lebte, und die Persönlichkeit des Juristen vergegenwärtigen.

A. Auf Schritt und Tritt begegnen uns Aeusserungen in den Pandecten, welche kein Mensch thun konnte, der nicht mindestens 100 Jahre später geboren war, als der späteste der classischen Juristen seinen letzten

Athem ausgehaucht hatte.. Dies beweisen im Allgemeinen auch die oben (§ 2) citirten Pandectenstellen. Es kommen aber auch feinere historische Unmöglichkeiten vor, die schwerer festzustellen sind, und darum ein grösseres Interesse haben. Als Beispiel führe ich an L. 10 pr. D. 2, 14. Hier soll Ulpian im 4. Buche *ad edictum* sagen:

et repeto ante formam a divo Marco datam divum
Pium rescripsisse *fiscum* quoque *in his casibus, in quibus hypothecas non habet* et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere.

Die cursiv gedruckten Worte kann aber Pius unmöglich rescribirt haben: denn die Legalhypothek des Fiscus (und um eine solche kann es sich hier allein handeln) datirt erst von Caracalla. Lässt man daher auch, wie wir dies hier noch thun, das barbarische *in his casibus, in quibus* völlig außer Acht, so ergiebt sich doch, schon aus dem Inhalt der Stelle, dass die cursiv gedruckten Worte Embleme sind. Denn in Tribonians Munde sind sie vernünftig, als Ulpianisches Referat über ein Rescript des Pius sind sie widersinnig.

B: Während die Entscheidung in dem bisher besprochenen Falle leicht und angenehm ist, ist das folgende ein heikler Gegenstand.

Häufig treten mitten in den herrlichen Deductionen der Classiker Gedanken auf, die recht schwächlich, mitunter solche, die ganz verkehrt sind. Diese Erscheinungen sind viel zu weit ausgedehnt, um durch einfache Textesverstümmelungen, wie sie bei jedem alten Werke vorkommen, erklärt zu werden. Daher werden wir vor die Alternative gestellt: ist der Classiker zu

Zeiten von allen guten Geistern verlassen gewesen, oder breitet sich etwa manchmal Tribonian da aus, wo eben noch Papinian sich seine inhaltsschweren Worte abge rungen hatte? Da es überflüssig ist zu sagen, für welche von beiden Möglichkeiten ich mich entscheide, so möchte ich hier noch einige Worte zu Gunsten Tribonians ein fügen:

Es ist schwerer, dadurch seine Gedanken zum Aus druck zu bringen, dass man einem Anderen das Concept corrigirt, als dadurch, dass man sich frei entfaltet. Indem die Compilatoren sich genöthigt sahen, die Er zeugnisse der Classiker für ihren Zweck umzugestalten, befanden sie sich einer Aufgabe gegenüber, die sie nach zwei verschiedenen Seiten drängte. Sie mussten, um nicht Alles zu vernichten, classische Deductionen stehen lassen, zu welchen die von ihnen — den Compilatoren — selbst, ohne alle Deductionen, nur mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniss von vornherein festgestellten Endresultate gar nicht passten.

Wenn die heutige, auf tausendjähriges Studium der Pandecten sich stützende Forschung in vielen Fällen den Compilatoren baaren Unsinn vorwerfen kann, so muss sie doch eingedenk sein, dass die Compilatoren selbst nicht blind dafür gewesen sein werden, dass sie der praktischen Brauchbarkeit die logische Eleganz geopfert haben.

Vor eine nicht nach beiden Seiten lösbarer Aufgabe gestellt, haben sie wenigstens nicht den Fehler begangen, dieselbe nach beiden Seiten lösen zu wollen.

Betrachtet man L. 5 D. 19, 5 (in der ich ein Beispiel byzantinischer Systematik constatiren zu müssen

glaube), so wird man es den Compilatoren nicht verübeln, dass sie im Allgemeinen darauf verzichtet haben, ihre praktischen Postulate wissenschaftlich zu begründen, oder dieselben gar mit den ganz anders gearteten Anschauungen der Classiker ins logische Einvernehmen zu setzen.

Als Beispiel dafür, dass die radicale Methode Tribonians für die heutige Forschung günstig genannt zu werden verdient, stehe hier L. 6 pr. D. 13, 7: Bis *caveatur* spricht Sabinus, bis *postea* Atilicus; von *melius autem est dici . . .* an spricht nicht Pomponius, sondern Tribonian. Die Entscheidung ist nicht wissenschaftlich begründet, und die Durchführung ist unjuristisch.

Wenn man sich die classische Art, solchen Fall zu behandeln, vorhalten will, so ist Paulus, sent. II 13, 3 zu vergleichen. Eine *cautela* (!) ist gar nicht nötig, da der *creditor* beim blossen *ostendere* der *res mobilis* eine Gefahr nicht läuft. Ueberhaupt wird die Interpolation schon dadurch plausibel, dass vom *fundus fiduciarius* des Pomponius plötzlich auf die *res mobilis* übergesprungen wird. Bei Paulus (II 13, 3) remancipirt der Gläubiger erst dann, wenn er befriedigt ist. — Sprachlich befremdend ist das *necessitatem habere*, die *cautela*, der Abl. Abs. (mit dem Gerundivum) *cautela-praestanda*, vor Allem aber höchst scherhaft die Wendung: *invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.* Recht unmenschlich! Dazu vgl. c. 2 § 2 C. 6, 40; *satis inhumanum*; c. 22 § 5 C. 6, 30: *satis absurdum*; c. 33 § 1 C. 3, 28: *satis crudele*; auch c. 5 § 1 C. 6, 57: *satis acerbum et nostris temporibus indignum*. c. 3 § 2 a C. 6, 43: *satis absurdum*. c. ult. pr. C. 11, 48: *cum*

satis inhumanum est. c. un. § 14a C. 5, 13: *satis hum-
manum, satis pium, satis utile matrimonii;* und die inter-
polirten Worte *satis inhumanum* in L. 37 pr. D. 32 Alles
von Justinian.

Diese Stelle soll hier beweisen, wie sehr Tribonian die Jurisprudenz zu Dank verpflichtet, wenn er seine Entscheidung hart an die gegentheilige der Juristen setzt: man weiss, was Tribonian will, und was Pomponius wollte. Wie viel schlimmer wären die Pandecten und ihre Ausleger dran, wenn er in der Regel eine logische Vermittlung gesucht, und dadurch für die Späteren Alles in Dunkel gehüllt hätte, wie dies in folgender Stelle geschehen ist:

L. 59 § 1 D. 23, 3 Marcellus libro 7 digestorum:

Ex asse heres institutus rogatusque mulieri dodrantem
hereditatis restituere iussu ejus quod debet doti dixit¹⁾
marito. vereor, non sit obligatus: nam mulieri in hoc
tenetur, ut hereditatem restituendo transferat actiones
[et quas habet et quibus est obstrictus,] quas transferre
ad alium, quam cui debet fideicomiſſum, non potest.

¹⁾ *doti promittere* ist unmöglich. Der Classiker sagt niemals *doti promittere* und niemals *dotis nomine dicere*. Das erstere hat schon Cujaz bemerkt, dem Meykow (Diction) eine ganz unbegründete Opposition macht. Meykow sagt: 1) *doti dare etc.* kommt auch vor; warum nicht *doti promittere?* Aber gegen das *doti* sagt Niemand etwas; nur gegen das *promittere*. M. hätte also vielmehr *promittere alicui rei* aufweisen sollen; aber das giebt es eben nicht, und darum ist auch *promittere doti* nicht möglich. 2) Cujacius selbst hat das nicht immer beobachtet. Dies ist lediglich *ad hominem*. — Ausser den Stellen, die eine *dictio (doti tibi erunt)* enthalten, ist namentlich interessant: L. 31 § 1 D. 46, 2; vgl. Schulting ad h. l. Dagegen scheint mir L. 14 § 2 D. 23, 5 von *dotis promissio* zu handeln.

aliquis dixerit incerti cum eo agi posse, [fideicommissi praestet aestimationem.] huic ego consentire non possum: nam obligari mulieris debitorem ita aequum est, si accipere id ipsum quod ei debetur vir potest. *sed ne indotata mulier esse videatur, dicendum est ipsi mulieri ex Trebelliano restituendam esse partem hereditatis quae ei relicta est, ut ea suo marito pro dote eam solveret, quia et ad eam fideicommissum et onera ejus pertinent delegatione propter nimiam suptilitatem et casus necessitatem minime optinente.*

Es handelt sich um eine *dotis dictio*, wie das pr. und der Ausdruck *doti promisit* beweist. Nur aus dem Recht der *dictio* ist die Stelle zu erklären; dass der Schuldner der Frau bei der *dictio* haftet, ist eine Anomalie; darum, aus Gründen der Billigkeit: *ita aequum est, si accipere id ipsum quod (ei) debetur vir potest*; dieser Satz wäre, wenn es sich um Stipulation handelte, unerklärlich. Der Schuldner kann aber nur *quod debet* diciren: ist das *quod debet* höchstpersönlich, so ist die *dictio* nichtig, wie wenn ein Nichtschuldner dicirt hätte. Die Meinung des Marcellus ist also, dass die *dictio* hier keinen Erfolg hat. Von *Sed ne—videatur* beginnt die Arbeit der Compilatoren; dieselben wollen hier, wie häufig, ein Arrangement in der Weise treffen, dass die Frau statt des Dritten haften soll (vgl. z. B. L. 43 § 1 inf. D. 26, 7 und dazu unten s. v. *adimplere*), und geben diesem Arrangement eine unjuristische Form. Natürlich muss die Frau berechtigt sein, die *restitutio* zu verlangen, wenn es der Mann nicht ist; aber *ut ea suo* (wohl nicht *ex suo*, wie Mommsen als möglich hinstellt; denn gerade das »ihrem Manne« ist byzantinisch;

vgl. z. B. L. 43 § 1 D. 26, 7: *suum curatorem) marito solveret* ist unklassisch; soll sie dem Erben dafür Caution stellen? Und wenn nun die Frau *durante matrimonio* nicht klagen will, soll dann der Mann sie auf *id quod interest* verklagen können? Wäre dies, so müsste es angegeben sein; ist es nicht, so ist mit dem ganzen Satz von *sed ne—obtinente* nichts gesagt. — Die Schlussworte *delegatione—optinente* sind schon von Faber als *emblema* gekennzeichnet worden; ihre Classicität wird kaum einen Vertheidiger finden; eher könnte man aus ihnen schliessen, dass Marcellus in der That noch eine Delegation vorgeschrieben hatte.

Folgende Vermuthung über den ursprünglichen Inhalt des Satzes sei der Vollständigkeit halber gestattet: Wenn der Schuldner nicht *ex Trebelliano* dem Mann restituiren kann, weil das *Trebellianum* höchstpersönliche Beziehungen zwischen Fiduciar und Fideicommis- sar schafft, welches ist dann der natürliche Ausweg, auf den *aliquis* verfallen könnte? Doch wohl der, dass es so gehalten werden solle, wie wenn kein Trebellianum existirte, und wie es nach dem Pegasianum ja zur Zeit von Marcellus noch gehalten wurde (arg. § 7 J. 3, 23)! Wenn die bequeme Restitution *ex Trebelliano* hier nicht angeht, so muss die unbequeme aushelfen, die vor dem Trebellianum stets war, und nach dem Pegasianum in einigen Fällen ist; d. h. es müssen *stipulationes partis et pro parte* gemacht werden. — Es konnte also leicht die Möglichkeit erwähnt werden, dass hier eben die Aushülfe zu gebrauchen sei, die neben dem Trebellianum gerade für die Fälle bestand, in denen das Trebellianum versagte; mit anderen Worten: man konnte

meinen, der Mann solle klagen (*incerti agere*): *ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum qui ex fidei-commissi causa recipit hereditatem et heredem.* (Gajus II 254). — Aber auch diese Möglichkeit ist hier nicht anzunehmen (*huic ego consentire non possum*): denn (wie jetzt Gajus III 95 lehrt) *dotis dictio* ist gültig: *si debitor mulieris jussu ejus, dum — — — — —, doti dicit quod debet*; dazu nun, wie schon oben ausgeführt: *obligari mulieris debitorum ita aequum est, si accipere id ipsum quod ei debetur, vir potest.* Der Schuldner der Frau kann durch *dictio* sich zu nichts Anderem verpflichten, als zu der Leistung, die er der Frau schuldet; der Frau schuldet er Restitution *ex Trebelliano*, darum kann er von dem Mann nicht auf Stipulation und Promission mit der *actio incerti* belangt werden.

Nach diesen Beispielen kehre ich zur allgemeinen Darstellung zurück, die auf die inhaltlichen Mängel von Tribonians Emblemata geführt hat.

Es ist hier nicht möglich, alle diejenigen Mängel aufzuzählen, welche verrathen, dass der Classiker aufgehört hat, und dass Tribonian anfängt; nur einige sollen erwähnt werden, deren Häufigkeit sie als Paradigmen empfiehlt:

a) Wenn man ein *responsum* von Scaevola oder Papinian¹⁾ liest, so findet man stets, dass Frage und Antwort mit einander auf das Allergenaueste harmonieren; die Antwort erfolgt in Beziehung auf den Fall, für den die Frage gestellt ist, und im ganzen Verlauf

¹⁾ Vgl. Bruns, in Paulys Realencyclopädie.

der Motivirung (die bei Scaevola freilich im Thatbestande selber steckt) wird von dem aufgestellten auch nicht um eines Haares Breite abgewichen. Sollen, wie dies namentlich bei African - Julian üblich, an die Befprechung des *propositum* noch andere Ausführungen geknüpft werden, so stehen sie durchaus gesondert da, und es wird am Schlusse wohl ausdrücklich auf das *propositum* zurückgegriffen. Während so bei den Clas-sikern der Ton gehalten wird, welchen sie einmal angeschlagen haben, giebt es nun auch Pandectenstellen, bei welchen Absurditäten, Schwankungen und Schwie-bungen vorkommen. Es kommt vor, dass sich mitten im Verlauf der Darstellung die ganze Situation ver-schiebt, und dass wir auf die ursprüngliche Frage eine Antwort entweder überhaupt nicht, oder erst dann be-kommen, nachdem wir Dinge gehört haben, die mit der Sache nichts zu thun haben. In solchen Fällen muss man denn sagen: *Sapit Tribonianum.*

Beispiel: *Ulpianus libro 18 ad Sabinum*, L. 5 § 1
D. 7, 5 frägt:

"Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum,
quae in abusu consistunt *nec cautio interveniat*, viden-
dum, finito usu fructu an pecunia, quae data sit, vel
ceterae res, quae in assumptione sunt, condici possint.

Darauf erfolgt denn auch am Schluss des Paragraphen die richtige Antwort:

Sabinus putat posse condici, quam sententiam et Cel-sus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur.

Aber ehe es dahin kommt, wird noch in der Eile die davon völlig unabhängige Angelegenheit erledigt, ob

constante usu fructu die omissa cautio condicirt werden kann. Es mag dahin gestellt bleiben, ob nicht schon im Fragesatze die Worte *nec cautio interveniat* interpolirt sind; jedenfalls ist der Satz, der von der *condictio* der *cautio* handelt, sinnstörend und zerbricht die Continuität zwischen Frage und Antwort. Wenn man das unzweifelhaft ächte und die Pandectenstelle einander gegenüberstellt, so macht der Satz: *sed—quantitatem* mit seinem dreimaligen *condicere*, seinem *dici potest posse condici*, dem unsinnigen *sed am Anfang*, und anderen Seltsamkeiten überhaupt einen sehr schlechten Eindruck:

Si pecuniae sit usus fructus Si pecuniae sit usus fructus
legatus vel aliarum rerum, legatus [vel aliarum rerum,
quae in abusu consistunt] videndum finito usu fructu
an pecunia quae data sit, videndum finito usu fructu
[vel ceterae res, quae in ab- an pecunia quae data sit
sumptione sunt,] condici possint, Sabinus putat posse
possint, [sed si quidem ad- [condicis]: quam sententiam
huc constante usu fructu et Celsus libro octavo de-
cautionem quis velit con- cimo digestorum probat:
dicere, dici potest omissam quae mihi non inarguta
cautionem posse condici videtur.
incerti condictione: sed si
finito usu fructu ipsam quan-
titatem,] Sabinus putat posse
condici: quam sententiam
et Celsus libro octavo deci-
mo digestorum probat: quae
mihi non inarguta videtur.

b) Häufig kommt es auch vor, dass die Deductionen der Juristen in völliger Harmonie bis zum Schlusse durchgeführt sind; dieser Schluss aber passt den Compilatoren nicht, und darum fügen sie mit *autem*, oder sogar mit *enim*, einen Vorbehalt an, welcher das vorhergehende nicht blos arg modifiziert, sondern häufig direct umstößt. Ausser den, an anderem Orte¹⁾ von mir behandelten L. L. 31 § 1 D. 39, 5, verglichen mit Vat. fragm. § 254; 28 § 3 D. 34, 3, und der unten noch zu ausführlicherer Besprechung gelangenden L. 24 § 8 D. 40, 5 möchte ich hier als Beispiel namentlich anführen L. 60 § 2 D. 19, 2 Labeo posteriorum libro 5 a Javoleno epitomatorum:

Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis vide- licet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse per- spexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellat.

In dieser Stelle ist classisch nur der Anfang bis *fullone*. Dieser Anfang sagt Folgendes: Du kannst zurückfordern, willst aber nicht (nämlich von dem, möglicherweise ehrlichen, Finder u. s. w.); nichtsdestoweniger (nämlich obwohl es in deinem Belieben liegt, die Sache selbst, vielleicht mit der *rei vindicatio*, *actio negotiorum gestorum* etc. zurückzufordern) kannst du die persönliche Miethklage gegen den Walker anstellen. Damit ist deutlich gesagt: Du brauchst dich nicht darauf einzulassen, an einen Anderen als den Walker zu

¹⁾ Zschr. für R. G. N. F. Bd. 7 S. 59, 72.

gehen, oder mit anderen Worten, der Walker hat in keiner Weise ein *beneficium excussionis*. Am allerwenigsten ist hier von vornherein an die *actio furti* gegen einen Dieb zu denken; denn nach classischem Rechte, wie es aus §§ 15, 16 J. 4, 1 in Verbindung mit Gajus III § 204 und 205 hervorbliekt, hatte in unserem Fall die *actio furti* nicht der *dominus*, sondern der *fullo*; daher ist nach classischem Recht die ganze folgende Auseinandersetzung richtig. Nun ersehen wir aber aus § 16 J. cit., dass Justinians *providentia* dieses Recht für den verwandten Fall des Commodats umgestaltet hat; nach Justinianischem Recht ist also die Ausführung von *judicem autem aestimaturum* an durchaus nicht befremdend. Uns interessirt hier besonders zweierlei: einmal wird in willkürlicher und ungeschickter Ergänzung des Thatbestandes supponirt, dass ein Diebstahl vorliege; zweitens wird die Entscheidung des *Labeo: ages nihilominus ex locato cum fullone*; — diese Entscheidung wird im Folgenden in einer Weise modifizirt, welche den Juristen das Gegentheil von dem sagen lässt, was er wirklich gesagt hatte.

Die sprachlichen Mängel bleiben zunächst ausser Betracht. Nur eins sei gleich hier erwähnt. Scaevola respondirt mitunter: *respondit, eum, cuius notio est, aestimaturum*; oder: *respondit, judicem aestimaturum*, was mitunter bedeutet: »das ist *quaestio facti*«; dies müssen sich nun die Compilatoren gemerkt haben; denn sie bringen am Anfang ihrer Anhängsel zu den Aussprüchen der Classiker auch ihrerseits manchmal ein *judicem aestimaturum*, so in L. 31 § 1 D. 39, 5 cit., so hier; — nur fehlt zu diesem *judicem aestimaturum*

das regierende *respondit*, und daher schweigt die Phrase in der Luft.

c) Auf folgende interessante Erscheinung hat Herr Professor Pernice mich hinzuweisen die Güte gehabt: Häufig finden wir in den Pandecten schwächliche oder gar unsinnige Sätze, welche die Eigenthümlichkeit haben, dieselben Worte zu enthalten, die kurz vorher oder kurz nachher in der kernigen Ausführung der Juristen vorkommen. Diese armseligen Sätze sind Compilatorenwerk. Zwei Beispiele mögen hier stehen, ein relativ gleichgiltiges, eins wichtigerer Art. 1. L. 34 § 1 ff. D. 30. Ulpianus libro 21 ad Sabinum:

Si eadem res saepius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest sufficitque vel rem consequi vel rei aestimationem. § 2. Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem. § 3. Sed si non corpus sit legatum sed quantitas *eadem in eodem testamento saepius*, divus Pius rescripsit *tunc saepius praestandam summam si evidentissimis probationibus ostendatur testatorum multiplicasse legatum voluisse*: idemque et in fideicommisso constituit, ejusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest, eadem summa *volente testatore multiplicari potest*.

Die cursiv gedruckten Worte sind interpolirt, wie durch die *evidentissimae probationes*,¹⁾ durch das *multiplicasse voluisse*, und durch die Ungereimtheit der ganzen Idee bewiesen wird, und noch deutlicher im § 6, in dem *id est saepius deberi, si hoc testator voluerit*

¹⁾ Vgl. Eisele, Z. f. Rg., N. F., Bd. 7 S. 28.

zu Tage tritt; im § 6 sind die Compilatoren übrigens bescheidener geworden und haben auf den *evidentissimus* der *probationes* verzichtet. Das *multiplicasse* haben sie aber aus dem *multiplicari*, welches am Schlusse des Paragraphen stand, gezogen.

2. L. 5 § 1 D. 19, 1. Paulus libro 3 ad Sabinum:

Sed si falso existimans se damnatum vendere vñdiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse *quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest* quem ad modum, si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.

Der Satz *quoniam bis potest*, welcher eine *doli exceptio* gegen die *actio ex empto* als möglich hinstellt, während doch *doli exceptio bonaे fidei judiciis inest*, ist durch und durch unklassisch; denn wenn eine *exceptio* gegen die Klage zusteht, so kann man deswegen nicht sagen: *agi non potest*; geklagt wird doch, nur wird der Kläger, nachdem er seine *intentio* erfüllt hat, durch die *exceptio* zurückgewiesen¹⁾.

Das ist die römische Anschauung, nicht aber die hier als römische uns vorgeführte, wonach man nicht klagen kann, weil eine *exceptio* gegenübersteht.

Lässt man den Satz *quoniam bis potest* weg, so ergibt sich der vortreffliche Sinn: er kann nicht aus dem Kauf verklagt werden, wie er ja auch, wenn er, fälschlich an ein Damnationslegat glaubend, versprochen hätte, den Kläger durch die *exceptio* zurück-

¹⁾ c. 3 C. 7, 30. Dem stehen solche Stellen nicht entgegen, in denen auf den Geldunwerth solcher Klagen angespielt wird.

stossen könnte. Auf diese Weise wird namentlich auch der Subjectswechsel erspart, welcher sonst durch das eingeschobene *actor* eintritt und der, meiner Empfindung nach, in dieser Weise¹⁾ bei Paulus unmöglich ist.

Dann kommt auch das *agi non posse* zu seinem Recht, mit einem Wort, alle sprachlichen und juristischen Bedenken schwinden.

Uns interessirt hier, dass das *doli mali exceptione actor summoveri potest* aus dem folgenden: *agentem doli mali exceptione summoveret* gezogen ist.

Diese Manier, mit den Worten des Juristen zu operiren, hat ihr Gegenstück in grösserem Maasstabe in der Sucht, den Gedanken des Juristen auf Gegenstände zu übertragen, welche dem Juristen sehr fern lagen, und auf die sein Gedanke nicht passt. Als ein Beispiel für beide Arten missverständlicher Benutzung eines Juristen kann L. 29 D. 17, 1 dienen, bei der es freilich schwer halten dürfte, festzustellen, was Ulpianus *libro 7 disputationum* wirklich geschrieben hat.

L. 29 D. 17, 1. ? Ulpianus libro 7
Si fidejussor conventus, cum igno- disputationum. ?
raret non fuisse debitori nume- Non male tractabitur,
ratam pecuniam, solverit ex causa si, cum ignoraret fide-
fidejussionis, an mandati judicio jussor inutiliter se ob-
persequi possit id quod solverit, ligatum, solverit, an
quaeritur. et si quidem sciens mandati actionem ha-
praetermiseric exceptionem vel beat. et si quidem fac-
doli vel non numeratae pecuniae, tum ignoravit, recipi

¹⁾ Darüber, dass Subjectswechsel bei den Classikern an sich nicht ausserhalb des Bereiches der Wahrscheinlichkeit liegen, Lotmar, Causa S. 126.

videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercabit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. § 1. Non male tractabitur, si, cum ignoraret fidejussor inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat. et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest, si vero jus, aliud dici debet. § 2. Si, cum debitor solvisset, ignarus fidejussor solverit, puto eum mandati habere actionem: ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fidejussori iam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam ejus circumveniat et excutiat ei summam, in quam fidejussit.] ? Quaedam tamen etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare [sed de hoc tantum, debitor fuerit necne] ? Sponsor¹⁾, si biennio liberatus solverit creditori, recte depensi? aget adversus reum: quamquam

¹⁾ Huschke. Jurispr. Antej. ad Gajum III 121.

reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fidejussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione fidejussori debet, ne dum plu[m] creditor consequatur. § 4. Quaedam tamen etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratorialiam omisit, sive sciens, sive ignarus: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit necne. § 5. In omnibus autem visionibus, quae praepositae sunt, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei judicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur. § 6. Fidejussor, si solus tempore liberatus tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim jam

enim jam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit: si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem, aequissimum est? depensi? judicio eum quod solvit recipere. et ita Julianus videtur.

Die vorstehende Kürzung beansprucht nicht den Werth einer Conjectur; sie soll lediglich eine von den vielen Möglichkeiten, wie Ulpian geschrieben haben kann, illustrieren. L. 29, wie wir sie in den Pandecten lesen, dürfte zu diesen Möglichkeiten nicht gehören.

liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit: si igitur paratus sit, defendere reum aduersus creditorem, aequissimum est mandati judicio eum quod solvit recipere. et ita Juliano videtur.

d) Die geringere Denkkraft, mit welcher, im Vergleich zu den Classikern, die Compilatoren arbeiten, verräth sich ferner noch darin, dass ihre Antithesen nicht scharf sind. Sie setzen nicht das gegenüber, was sich gegenüberstehen soll, sondern begnügen sich mit einer Darstellung, bei welcher der Ton auf Nebensachen fällt. Als Beispiel führe ich, ausser dem Schlusse der bereits oben besprochenen L. 60 § 2 D. 19, 2 noch an L. 17 in f. D. 5, 3, *Gajus libro 6 ad edictum provinciale*, welche Stelle unten näher erläutert werden wird, und, meines Erachtens, von den Worten *attamen quia fieri potest* an interpolirt ist. Der Schluss lautet: *et ideo secundum senatus consulti sententiam subveniendum ei est, ut ipse quidem ex retentione rerum hereditiarum sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat*; müsste es nicht wenigstens heissen: *ipse quidem — satisfaciat, petitori autem cedat?* Vgl. L. 29 § 5 cit. 17, 1... *tunc enim propter auctoritatem rei judicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus criminis propter suam calliditatem plectetur.*

2. »So kann der Jurist nicht geschrieben haben.« Die Gründe für diese Behauptung sind so. mannigfach, wie Lexicon und Grammatik sie nur bieten können. Sie zerfallen daher in lexicalische und grammaticalische,

letztere wieder in solche der Formenlehre und der Syntax.

Ein Umstand nun, durch den die grammatische Seite sehr hinter die lexicalische zurückgedrängt wird, ist folgender: die grammatischen Unrichtigkeiten beruhen zum grossen Theil auf Abweichungen vom classischen Sprachgebrauch, welche, äusserlich betrachtet, minimal sind; ein fehlender oder ein falscher Buchstabe kann eine Unrichtigkeit ausmachen, die sich als Barbarismus darstellt. Da ist denn gerade hier zu berücksichtigen, dass in solchen Kleinigkeiten sehr viel Abschreiberversehen und ähnliche Dinge vorgekommen sein mögen.

Doch können natürlich auch solche Kleinigkeiten den Schlüssel zur Erkenntniss der Interpolationen abgeben. Beispiele:

1. Das bekannte *eam* für *id* in L. 8 § 3 D. 13, 7, aus dem Rudorff auf *fiducia* statt *pignus* geschlossen hat.
2. *magis esse ut fidejussori non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit* in L. 25 D. 46, 1, was inhaltlich und formell erklärt wird, wenn man mit Pernece, Sakralrecht (Abhandl. d. K. A. d. W. 1886, S. 1191) annimmt, dass statt *fidejussori*: *sponsori vel fidepromissori* gestanden hat.
3. Das *dotis satis fieri* in L. 22 § 3, 4 D. 24, 3, welches nicht in *doti* zu ändern, sondern statt des im Casus neutralen *rei uxoriae* fälschlich von den Compilatoren eingesetzt ist. — Die Compilatoren sagen statt der *in ex stipulata actionem transformirten actio rei uxoriae* häufig *actio dotis*, und so haben sie hier auch *rei uxoriae satis fieri* in *dotis satis fieri* geändert. —

Ferner kann man zweifelhaft darüber sein, ob die *consecutio temporum* und die Durchführung der *oratio obliqua* ein erhebliches Gewicht aushalten können. Doch, glaube ich, fallen viele **Monstrositäten** in der *consecutio temporum* der Pandecten lediglich Tribonian zur Last.

Da die folgenden Ausführungen überwiegend nach sprachlichen Gesichtspunkten geordnet sind, so sind hier Beispiele überflüssig; dagegen möchte ich noch zwei Generalbeispiele anführen, an welchen die verschiedenen Arten, wie man Interpolationen auffindet, sehr deutlich werden.

L. 16. D. 44, 7 ist sinnlos, wie sie in den Pandecten steht. Sinnvoll war sie, wie Julian sie geschrieben hatte. Dies ist zuerst durch Arndts festgestellt worden, welcher in längerer juristischer Entwicklung darauf aufmerksam machte, dass die Stelle in Julians Sinne nicht vom *pignus*, sondern von der *fiducia* handelte. Er hat also die sub I 1 geschilderte Methode befolgt.

Lenel sodann hat aus der *Inscription* das Nämliche constatirt, nach der sub I 5 erwähnten Methode.

Endlich hat Schlossmann bewiesen, dass der Ausdruck: *per traditionem accipere* immer statt *mancipio accipere* interpolirt ist, und ich habe dasselbe für *pignoris causa tradere* statt *fiduciae causa mancipio dare* ausgeführt; nach der sub II in f. erwähnten Methode.

In diesem Fall führten also drei Methoden in gleich sicherer Weise zum Ziel.

Aehnlich tritt dies hervor in L. 24 § 8 D. 40, 5. Ulpianus libro 5 fideicommissorum:

Sed et si ita scripsit: ne eum alienes; ne eum vendas,
idem erit dicendum, si modo hoc fuerit adscriptum,

quod voluerit eum testator ad libertatem perduci. certe si alia mente id adscripsit, ut puta quia consilium dabat heredi retinere talem servum vel quia coercere voluit servum et cruciare, ne meliorem dominum experiatur, vel aliqua mente, non tribuenda libertatis animo, dicendum est cessare libertatis praestationem: et ita Celsus libro vicesimo tertio digestorum scribit. non tantum enim verba fideicommissi, sed et mens testatoris tribuere solet libertatem fideicommissariam. *sed cum ex praesumptione libertas praestita esse videtur, heredis est contrariam voluntatem testatoris probare.*

Ueber die Stelle im Ganzen wird unten zu sprechen sein, hier interessirt der Schlussatz.

Gegen die Aechtheit desselben giebt es eine Menge Gründe, von denen einer mir unwiderstehlich scheint. Dieselben sind theilweise schon in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. Bd. 7 von mir besprochen worden, und sie sollen hier zum Theil ausführlicher dargelegt werden.

Was freilich den Ausdruck *praesumptio* im Allgemeinen betrifft, nehme ich auf das in der Zeitschrift bemerkte Bezug, wonach von den dieses Wort enthaltenden Pandectenstellen wahrscheinlich keine einzige ächt ist.

Ein zweiter Grund ist der Gebrauch von *cum* gleich da, mit dem Indicativ, der zwar nicht unmöglich beim Juristen, aber doch recht ungebrauchlich ist.

Ferner ist, nach classischem Recht zwar ebenfalls ein *favor libertatis* vorhanden, aber ganz gewiss nicht eine Praesumption für die Ertheilung der Freiheit. Denn nach classischem Recht ist bekanntlich die Erbes-

einsetzung eines Sclaven ohne Ertheilung der Freiheit nichtig, weil eben die Freiheit ausdrücklich gegeben sein muss und auch aus der Erbeseinsetzung nicht gefolgert wird. Anders nach Justinianischem Rechte. In c. 5 § 1 C. 6, 27 hat Justinian bestimmt, dass in der Erbeseinsetzung des Sclaven zugleich die Freiheitserklärung liege und als Grund dafür angeführt: *si quis servum suum tutorem filius suis reliquerit sine libertate, ex ipsa tutelae datione praesumatur etiam libertatem ei favore pupillorum imposuisse.* (Statt *praesumatur* hat übrigens Ulpian in L. 10 § 4 D. 26, 2 *ad sumpta libertas sit in persona ejus qui tutor scriptus est.*, ein Zeichen mehr, dass das Wort *praesumptio* ihm fern liegt.) Nach Justinianischem Rechte besteht also in der That eine sehr bedeutende Präsumption für die Freiheit.

Sodann widerspricht, wie oben schon erwähnt, der Schlusssatz der vorausgehenden Deduction.

Endlich aber, und das ist meiner Ansicht nach ausschlaggebend, liegt eine nur durch die Annahme einer Interpolation zu erklärende sprachliche Verirrung vor.

L. 24 § 8 ist aus Ulpians 5. Buch über die Fideicommissen:

Diese Schrift zerfällt nach den Pandecten in sechs Bücher; von diesen enthielten die beiden ersten Bücher allgemeine Lehren und die Singularvermächtnisse, Buch 3 und 4 die Universalvermächtnisse, und zwar handelte das dritte Buch (nach der, übrigens nicht in jedem einzelnen Worte ächten L. 1 pr. D. 36, 1) vom Trebellianum, das vierte Buch vom Pegasianum¹⁾), *quod postea*

¹⁾ Vgl. L. 4, D. 36 1.

supervenit (§ 7 J. 3, 23); Buch 5, aus dem unsere Stelle ist, hat die fideicommissarischen Freilassungen zum Gegenstand, Buch 6 Gerichtsstand und andere Aeusserlichkeiten.

Aus Buch 5 nun ist in die Pandecten hauptsächlich die grosse Ausführung übernommen worden, welche, durch die kleinen Stellen aus Paulus zerschnitten, da-selbst als LL. 24, 26, 28, 30 D. 40, 5 figurirt. Diese Stellen sind daher unsere Hauptquelle für den classischen Sprachgebrauch bei den fideicommissarischen Freilassungen. Die Stellen enthalten sehr häufig die Wendung *libertatem praestare*. Was bedeutet dieselbe? Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir etwas weiter ausholen.

Wenn ein Sclave testamentarisch direct (durch die Worte *liber esto*) freigelassen wird, so ist ihm dadurch *testamento* die Freiheit gegeben; er wird in Folge rechtskräftiger *aditio* von Seiten des eingesetzten Erben *ipso jure* frei, und ist dann bekanntlich *libertus orcinus*. In diesem Fall der *libertas directo data* ist also nichts weiter nöthig, als eben das *libertatem dare testamento* von Seiten des Erblassers, dessen directe Wirkung mit dem Testament steht und fällt; — anders natürlich bei der fideicommissarischen Freilassung. Wenn *fideicomissa libertas* ist, so bedarf es, damit der Sclave frei werde, bekanntlich nicht blos der rechtsgültigen Antretung von Seiten des Erben, sondern noch eines Manumissionsactes *inter vivos* (*censu*, *vindicta etc.*), zu welchem der Erbe dem Sclaven verpflichtet ist¹⁾.

¹⁾ Daher bei Marcellus *libertatem debere*: L. 10 § 1, 2 D. 40, 5.

An die Stelle des einen *libertatem dare*, welches im Fall der directen Freilassung eventuell von selbst zum Freien macht, treten also hier zwei Acte: einmal die Aufforderung des Testators an den Erben, er möchte doch den Sclaven freilassen, und sodann die Leistung von Seiten des Erben. Für das erste gebrauchen die Römer den Ausdruck: *fideicommissarium libertatem adscribere* und ähnliche, für den letzteren, und zwar nur für den letzteren, den Ausdruck *libertatem praestare*. *libertatem adscribere* und ähnliches bedeutet die Handlung des Testators, welcher die Freilassung wünscht, *libertatem praestare* die Handlung des Erben, welcher der ihm dadurch auferlegten Quasiverpflichtung nachkommt, indem er die Freilassung vollzieht. Dies Resultat ergiebt sich aus der Lektüre der citirten Stellen, und es steht im vollsten Einklange mit der Grundbedeutung von *praestare*, welches ein Leisten ist, zu dem man irgendwie verpflichtet war, z. B. das *praestare*, zu welchem der Verkäufer verpflichtet ist¹⁾). Einzig und allein in unserer Stelle ist *libertatem praestare* in dem anderen Sinne gebraucht, wonach es die Handlung des Testators bedeuten würde; denn offenbar kann nur höchstens präsumirt werden, dass der Testator die Freiheit geben wollte, niemals, dass der Erbe die Freilassung vollzogen hat.

Ein solcher Gebrauch von *libertatem praestare* ist

¹⁾ Justinian sagt freilich mit Vorliebe *praestare* statt *dare*, z. B. in c. im § 11 C. 5, 13: *dote praestita*, in c. 3 pr. C. 3, 2: *Omnibus judicibus licentiam praestamus*, in c. 30 § 3 C. 3, 28: *quibus praestita jam specialia beneficia*; in c. 8 § 6 C. 6, 61: *aetas . . . licentiam praestat*.

nun bei Ulpian ganz unmöglich, dagegen erklärt er sich leicht aus dem sprachlichen Indifferentismus der Compilatoren, welche bei Ulpian häufig ein *libertatem praestare* fanden und es nun in dem von ihnen eingeschobenen Satze vorbrachten, — aber freilich in anderer Bedeutung, als es Ulpian that.

§ 5. Anhang: So schreibt Tribonian.

Wir sind bei der Aufdeckung von Interpolationen in einer günstigeren Lage, als man es bei der Constantirung von Textesverderbniss ist, weil wir diejenigen Männer, von denen die Verstümmelung ausgegangen ist, ihrem Zeitalter und selbst ihren Schriften nach kennen. Man kann daher auch umgekehrt häufig sagen: Dies ist von Tribonian und daher ist es nicht vom Classiker, während im Vorstehenden der Schluss der war: Dies ist nicht vom Classiker, und daher ist es von Tribonian. Von dem Sprachgebrauch und dem Stil Tribonians ausgehend, hat bekanntlich in jüngster Zeit Eisele eine grösse Zahl von Kriterien für das Vorhandensein einer Interpolation aufgestellt, von denen mehrere höchst wichtig sind und im Folgenden gegebenen Falles benutzt werden sollen.

Als ein Beispiel dafür, wie nützlich es ist, Tribonians Eigenthümlichkeiten als solche kennen zu lernen, diene Folgendes. Unter den Worten, welche in den Pandecten wahrscheinlich stets interpolirt sind, hatte ich in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte auch *approbare* = beweisen angeführt und insbesondere darauf hingewiesen, dass in den Pandecten mitunter ein: *et hoc aperte fuerit approbatum* und Aehnliches eingescho-

ben ist, an Stellen, wo gar kein Anlass vorliegt, den Beweis und seine Nothwendigkeit, oder gar das Erforderniss eines offenkundigen Beweises hervorzuheben. Es können nun nicht blos mehrere Gesetze von Justinian angeführt werden, in welchen in ähnlicher Weise solche überflüssige Bemerkungen über eine *approbatio* stehen, nämlich L. 52 § 3 C.¹ 2, 59: *Quod si actor noluerit subire sacramentum calumniae et hoc legitime fuerit approbatum, non liceat ei* Ferner c. 10 § 1 C. 8, 55 *ex his enim tantummodo causis, si fuerint in judicio dilucidis argumentis cognitionaliter adprobatae, etiam*, ferner c. ult. § 1 C. 4, 5 *repetitionem non denegari et praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur;*¹⁾ sondern in c. 9 § 1 C. 6, 55 ist auch ein Fall gegeben, in welchem die Compilatoren einen solchen Satz mit *approbatum* in ein Theodosianisches Gesetz ganz überflüssiger Weise eingeschaltet haben, — wodurch denn die Wahrscheinlichkeit für das gleiche Verfahren in den Pandecten sehr viel grösser wird: . . . *nisi forte avi ad elogia inurenda impius nepotibus justa se motos ratione dixerint et hoc fuerit legibus approbatum.* Die letzten 5 Worte fehlen im Codex Theodosianus.

¹⁾ Vgl. auch c. 10 § 1 C. 8, 55; c. 23 § 2 C. 11, 48; c. 12 § 2 C. 3, 31 und dagegen c. 5 § 1 C. 12, 3.

II. Sicher interpolirte Worte.

§ 6. 1. *Adimplere*.

Ueber das Auftauchen des Wortes *adimplere* in der späteren Latinität verdanke ich der Güte des Herrn Professor Wölfflin die in Beilage II folgende Notiz.

Das Wort findet sich in den Pandecten sechsmal. Die Schriftsteller, die es angeblich gebraucht haben, sind Celsus, Neratius, Marcellus, Paulus, Marcianus.

So selten es in den Pandecten ist, ebenso häufig ist es bei Justinian und seinen unmittelbaren Vorgängern. Nach meiner Zusammenstellung, die auf Vollständigkeit durchaus keinen Anspruch macht, gebraucht Justinian das Wort in folgenden Stellen: c. un. § 9 b, § 9 c und § 11 e C. 6, 51; c. 13 § 1, § 2 C. 8, 37; c. 15 § 1 eod.; c. 36 pr. C. 8, 53; c. 3 § 2 C. 10, 35; c. 54 pr. C. 1, 3; c. un. § 7 C. 7, 6; c. 15 § 3 C. 7, 2; c. 16 § 1 und § 4 C. 7, 4; c. 1 § 2 C. 7, 40; c. 39 § 1 C. 7, 62; c. 26 § 4 C. 8, 40; c. 12 § 4 d C. 4, 1; c. 6 § 2 (bis) C. 6, 46; c. 3 § 2 C. 10, 35; pr. J. 3, 23; ausserdem ist in C. 21, 2, 3 am Schluss die Phrase *nisi ea quae placita sunt paratus est adimplere* eher Justinian als Diocletian zuzuschreiben.

Man hat hiernach die Wahl, anzunehmen, dass die Juristen von Marcellus ab das Wort durch Tertullian kennen gelernt und sich desselben mitunter bedient haben, oder, dass alle sechs Stellen interpolirt sind. Die erstere, eben nicht der geringen Bedeutung Tertullians als Juristen entsprechende Annahme versagt den Dienst bei dem zeitlich vorgehenden Celsus und wird im Uebriegen etwas unwahrscheinlicher dadurch, dass Tertullian das Wort ja nur in seinen kirchlichen Schriften nachzuweisen ist, nicht in den Resten seiner juristischen; Kirchenlatein aber konnte es sehr wohl sein, ohne darum in die Sprache der Juristen einzudringen, und wenn wir es bei Justinian so häufig finden, so ist zu bemerken, dass in den Lexica sehr häufig bei einem Worte Eccl. steht, welches sich nachher als Lieblingswort der byzantinischen Kaiser erweist.

Inzwischen müssen die Stellen mit *adimplere* in den Digesten in letzter Instanz selber darüber befragt werden, ob sie classisch sind oder byzantinisch. Es sind folgende:

I. L. 57 D. 18, 1. Paulus libro 5 ad Plautinum:

Domum emi, cum eam et ego et vendor combastam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse ajunt. sed si pars domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet; sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor ven-

ditionem adimplere aestimatione viri boni arbitratu habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur. § 1. Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere. § 2. Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat: et hic enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi vel si solutum sit non repeti. § 3. Quod si uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente.

Dass diese Stelle von den Worten *hac quaestione* an unmöglich Paulus oder gar Neratius gehören kann, hat zwar, soviel ich sehe, Cujacius nicht bemerkt, wohl aber Anton Faber¹⁾.

In jüngster Zeit sind die sprachlichen Abweichungen von aller lateinischen Ueberlieferung durch Eisele²⁾ gewürdigt worden, welcher eine Menge Merkmale aufstellt, an denen man nicht blos erkennt, dass Paulus nicht der Autor ist, sondern auch, dass gerade Tribonian es in der That ist. Da jeder Satz der Stelle dies überzeugend beweist, so begnüge ich mich hier mit der Anführung solcher Merkmale, welche inhaltlich die Interpolation beweisen.

¹⁾ In seinen Conjecturae XII, 17.

²⁾ a. a. O. S. 30.

Zunächst ist zu bemerken, dass Neratius, da er kein Gesetzgeber war, unmöglich die Entscheidung aufstellen konnte, dass Untergang gerade bis zur Hälfte gleichgültig sei, darüber hinaus aber Nichtigkeit des Kaufes eintrete. Diese Entscheidung, die mit einer wissenschaftlichen Deduction nichts mehr gemein hat, ist die Aushülfe eines Practikers, der die Gesetzgebung auszuüben in der Lage ist, und sie ist bei dieser Schärfe im Abgrenzen der beiden Fälle roh und ungereimt, obwohl der Gedanke, zu berücksichtigen, wieviel verbrannt ist, an sich selbst zweckmässig erscheint. Wie soll man ausrechnen, ob die Hälfte oder mehr als die Hälfte verbrannt ist, wenn dies überhaupt erst einmal zweifelhaft geworden?

Ferner ist es unwahrscheinlich, dass Neratius, wie ihm hier zugemuthet wird, über eine Frage, welche seine Vorgänger, nach classischem Brauch, kurz und bündig beantwortet hatten, eine so lange Abhandlung geschrieben hat, — wahrscheinlich ist es auf der anderen Seite, dass Tribonian sich in dieser Breite gefallen hat.

Sodann fehlt trotz aller Breite eine eigentliche Motivirung in jedem Paragraphen; der neue Thatbestand wird mit mehr oder weniger ungeschickten Redewendungen vorgetragen, und daran knüpft sich die apodiktische Entscheidung; Gründe gelten dabei als überflüssig.

Endlich möchte ich noch auf den Stil des § 3 hinweisen, welcher sogar für Justinian ungewöhnlich schlecht ist.

Kurz, dass L. 57, von *hac quaestione* an, ganz und gar unächt ist, scheint mir *luce clarius* zu sein.

II. L. 20 § 1 D. 39, 5. Marcellus libro 22 digestorum.

De illo dubitari potest, qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus sponpondit se daturum: sed magis est, ut non possit sua confessioni obviare. quemadmodum enim, si solvisset, fidem testatori suo adimplesse videbatur et nulla ei repetitio concessa fuerat, ita et stipulatione procedente contra fidem testatoris, quem adgnovit, venienti ei merito occurretur.

Wie bereits Cujacius¹⁾ angemerkt hat, ist die Entscheidung in dieser Stelle, also Alles, was auf *sed magis est ut*, folgt, aus c. ult. C. 6, 51, vom Jahre 532, zu erklären; in derselben hat Justinian erst dasjenige festgesetzt, was er in L. 20 § 1 bereits Marcellus ausführen lässt.

Sein Gesetz lautet:

Cum certum sit heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem non posse postea rationem legis praetendentem Falcidiae repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi, jubemus hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra. legatorum solutione fecerit: quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. in utroque etenim casu, id est sive solverit sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur.

Bei dieser Stelle sind folgende Worte ungebräuchlich: 1. *obviare*. Dies kommt meines Wissens in den Pandecten sonst nicht vor, dagegen (nach Heumann) im Codex öfters in sehr späten Constitutionen: c. 1 pr. C.

¹⁾ Opp. I 708 d.

Gradenwitz, Interpolationen.

11, 4 (a. 406); c. 51 C. 10, 31 (a. 399); c. 1 § 1 C. 3, 27 (a. 403); 2. *si solvisset, . . . videbatur et . . . concessa fuerat*; das ist jedenfalls eine unregelmässige Ausdrucksweise für den 3. hypothetischen Fall. 3. *contra fidem venire* ist zwar nicht beispiellos, aber doch ungewöhnlich.

III. L. 32 § 2 D. 36, 1. Marcianus libro 9 institutionum:

Si sub condicione heres institutus rogatusque hereditatem restituere non vult condicione parere et adire hereditatem, si facti est condicio, debet parere et adire et restituere vel, si in dando sit, offerente fideicommissario. recusante autem herede factum adimplere licentia dabitur fideicommissario secundum imitationem dationis factum implere et tunc necessitas imponitur heredi adire hereditatem. ceterae condicione, quae non sunt in potestate heredis, ad officium praetoris non pertinent.

Obwohl diese Stelle, die sich auf das S. C. Paganum bezieht, von vielen bei Schulting Citzirten als ächt betrachtet wird, ist sie ebenso sicher interpolirt, wie die beiden vorhergehenden. Der Schlussatz, welcher sicher ächt ist, weist darauf hin, dass eine Erörterung vorherging, welche sich mit den Potestativbedingungen im Allgemeinen beschäftigte.

An Stelle dieses Satzes, welcher wahrscheinlich einen Unterschied zwischen der *condicio dandi* und der *condicio faciendi* aufstellte, haben die Compilatoren die cursiv gedruckten Worte eingefügt; dieselben sind in folgenden Beziehungen unklassisch:

1. wird der *condicio dandi* nicht eine *condicio faciendi*, sondern eine *condicio facti* entgegengestellt. 2. ist

das *vel* vor *si in dando sit* offenbar unsinnig (weswegen Mömmsen statt dessen *scilicet vorschlägt*). 3. deuten die mehreren *Ablativi absoluti* nebeneinander auf Tribonian, 4. ist *licentia datur* bei Justinian ebenso häufig, wie bei den Classikern selten¹⁾, und 5. sind die letzten Zeilen ganz entartetes Latein.

Die Ausführung Justinians können wir auf ihren Ursprung verfolgen. Besonders c. 13 C. 8, 37 ist es, welche dabei von Wichtigkeit ist, doch spielt auch c. un. § 9 C. 6, 51. eine Rolle. c. 13 lautet:

Veteris juris altercationes decidentes generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando sive in faciendo sive mixta ex dando et faciendo inveniatur et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio sive non: cur enim, quod in principalibus personis iustum est non ad heredes et adversus eos transmittatur? Et sic existimentur hujusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. Et quare, cum paene similis omnium natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?

Hier wird offenbar in derselben Weise wie in L. 32 § 2 von dem Unterschied zwischen der Erfüllung eines *dare* und eines *facere* gesprochen; auch hier findet sich

¹⁾ Hr. Prof. Pernice macht mich darauf aufmerksam, dass es zum Mindesten hätte heißen müssen: *Licentia datur adimplendi* statt *adimplere*. Vgl. unten.

ein *adimplere*, und auch hier wird das *facere secundum imitationem dandi* erledigt. Ueberdies kommt in c. 15 eod. (8, 37) Justinian zwei Jahre später noch einmal auf c. 13 cit. zurück:

quemadmodum enim, si in dando fuerit stipulatio, et contra heredes transmittebatur, ita et si in faciendo est, licet in mortis tempus colligatur, attamen ad similitudinem in dando conceptae stipulationis et heredes obligari, ut non discrepet factum a datione, sed sit lex nostra per omnia sibi consentanea. Quod et in legatis simili modo relictis observari censemus.

IV. L. 43 D. 26, 7. Paulus libro 7 quaestionum. Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur. § 1. Qui, cum esset fratri sui filiae curator¹⁾, quadringenta dotis nomine marito ejus se daturum promisit: quaero, an succurrendum sit ei, cum postea aere alieno emergente supra vires patrimonii ejus dos missa sit, quoniam in instrumento ita scriptum sit ,ille patruus et curator¹⁾ stipulanti spopondit“ movet quaestionem, quod non ut de suo dotem daret, sed cum crederet, rationem pupillarem sufficere, promisit. *praeterea et illud hic potest tractari, ut, si sciens curator non sufficere promiserit, vel donasse videatur vel, quoniam dolo fecit, non illi succurratur.* respondi: curator cum officium suum egressus sponte se obligaverit, non puto ei a praetore subveniri debere, non magis quam si creditori puellae pecuniam se daturum spopondisset; sed is de quo trac-

¹⁾) Hrn. Prof. Pernice verdanke ich die Bemerkung, dass der *curator* statt eines *tutor* *ad dotem stipulandam datus* eingesetzt, und daher auch das „*officium egressus*“ zu erklären sei; ebenso müsste die *actio tutelae* statt der *actio neg. gest.* bei Paulus erwähnt worden sein.

tamus si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dotem promisit, habet mulierem obligatam et poterit dici etiam manente matrimonio eam teneri (quia habet dotem sic ut in collatione bonorum dicitur) vel certe post divortium (sive. exacta sit dos sive maneat nomen), quia potest efficere, ut ei accepto feratur. *quod si mulier suum curatorem adimplere id, quod supra vires patrimonii ejus in dotem dare promisit, non queat, curatorem quidem in hoc, quod superfluum est, per exceptionem relevari: mulier vero cautionem in maritum exponere debet, quod, si quandoque locupletior constante matrimonio facta fuerit, dotis reliquum marito servat.*

Jemand hat als Vormund seiner Nichte, bei deren Verheirathung, dem Manne eine bestimmte Summe als *dos* im Stipulationswege versprochen. Später stellt sich heraus, dass die Bilanz des Vermögens nicht einen Ueberschuss der Activa über die Passiva aufweist, der so gross wäre, wie die versprochene Summe ist. Nun hat er im Stipulationsinstrumente gesagt: *ille patruus et tutor stipulanti spopondit*, und zwar ganz gewiss nicht, um aus dem Seinigen eine *dos* zu geben, sondern in der irrthümlichen Meinung, seine Mündel habe soviel Vermögen. Hier wird ein Satz: *praeterea — videatur eingeschoben*, welcher mit der Sache nichts zu thun hat (denn er bespricht den Fall, wo *sciens tutor non sufficere promiserit*, während es vorher ausdrücklich hiess: *cum crederet — sufficere*), und welcher wahrscheinlich interpolirt ist.

Dann kommt Paulus' *responsum*. Vorangeschickt sei, dass die ganze Frage sich darauf zuspitzt, ob der Vormund deswegen, weil er nur als Vormund ver-

sprochen hat, aus Billigkeitsrücksichten eine *exceptio* bekommt oder nicht.

Paulus nun sagt: Der Vormund, der mehr thut, als sein Amt verlangt, und der sich freiwillig *datis nomine* verpflichtet, kann so wenig auf die Hülfe des Prätors rechnen, wie Jemand, welcher dem Gläubiger der Braut sich für diese verpflichtet. Damit ist die Hauptfrage erledigt. Paulus meint, der Vormund hätte sich eben bei Zeiten vorsehen sollen.

Er geht nunmehr zu der Eventualfrage über, ob der Vormund sich für das, was er *de suo* gegeben, nicht wenigstens an die Frau halten könne, und bejaht diese Frage, indem er für den Regress die *actio negotiorum gestorum* vorschlägt; und eben diese Klage wird in feiner Weise begründet — sowohl für den Fall der noch bestehenden Ehe, als auch für die Zeit nach Auflösung der Ehe. Bis hierhin ist Alles in schönster Ordnung: der *tutor* hat keine *exceptio* gegen den Gläubiger zu erhoffen, er geht aber mit der *actio negotiorum gestorum* gegen die Mündel vor. Ob ihm das etwas nützt, ist freilich ungewiss!

Wer wäre nicht auf das Aeusserste erstaunt, nun noch ein Wortgefüge angehängt zu sehen, welches die bisherigen Resultate ganz vergessen zu haben scheint, und in barbarischem Latein zu der entgegengesetzten Entscheidung kommt?

Der letzte Satz berücksichtigt nicht, dass von einem Druck von Seiten der Mündel auf den Vormund, damit dieser gütlich zahle, gar nicht die Rede war, und bringt dies gleich als einfachste Lösung der Sache vor; für den Fall, dass diese Pression nicht genügen sollte, wird,

im stricten Widerspruche mit dem Vorhergehenden, dem Vormund doch die *exceptio* gegeben; dieselbe stellt sich übrigens zunächst als Partialeinrede dar; die Mündel aber soll nun ihrerseits ihrem Manne eine Cautionsurkunde ausstellen, eine Art Besserungsschein, wodurch sie sich verpflichtet, den Rest zu zahlen, wenn ihre Vermögenslage sich heben sollte. Man sieht, hier ist Alles auf den Kopf gestellt: vorher war der (hier übrigens nicht ausgesprochene) Satz: *maritus nihil dolo facit nec decipiendus est*, die Richtschnur des Ganzen: zuerst wird für den Ehemann gesorgt, indem er aus der Stipulation sich Geld schaffen soll; die beiden anderen Personen mögen sehen, wie sie sich auseinandersetzen.

Hier dagegen ist es der Ehemann, welcher den Schaden tragen muss: können sich Ehefrau und Vormund nicht einigen, so wird er mit seiner Mehrforderung abgewiesen; er nun wieder hält sich an die Frau, welche doch mit der Stipulation gar nichts zu thun hatte:

Diese Entscheidung ist nicht schlechthin zu tadeln; sie entspricht einem gewissen Billigkeitsgefühl und ist nicht unpractisch; aber das kann, meine ich, keinem Zweifel unterliegen, dass diese Entscheidung ebenso unclassisch und unjuristisch ist, wie die vorangehende Auseinandersetzung gut und classisch war. Am schlimmsten erscheint mir in dieser Beziehung der Besserungsschein, der ja practisch richtig ist, aber der juristischen Construction völlig entbehrt; ein Classiker würde auch wohl nicht so im Allgemeinen die Restzahlung an bessere Vermögensumstände geknüpft, sondern betont

haben, dass je nach der Steigerung des Vermögens weiter zu zahlen sei¹⁾).

Also, dass der letzte Satz inhaltlich Tribonianisch ist, scheint mir zweifellos; sprachlich aber ist er so, dass Haloanders und selbst Mommsens Conjecturen ihm nicht aufhelfen können.

Zunächst begegnet uns *adimplere* in einer transitiven Bedeutung²⁾, welche Mommsen veranlasst hat, vor *non queat* ein *efficere* einzuschieben; dann ist es eine sonderbare Denkweise, das, was zu wenig da ist, als *superfluum* zu bezeichnen; ferner ist der ganze Satz vor *mulier* ein absoluter Infinitiv, der ja mit Sicherheit die Compilatoren verräth; dann kommt *cautionem in maritum exponere*, was von L. 25 D. 22, 3 her als tribonianisch bekannt ist³⁾; *quod* mit dem Indicativ, um den Gegenstand dieser Caution zu bezeichnen, ist ebenfalls unmöglich, weswegen Haloander auch *solvat* statt *servat* vorschlägt; doch mit Unrecht! Es ist augenscheinlich, dass *servat* und alles Uebrige stehen bleiben

¹⁾ In dieser Rücksicht bietet L. 53 D. 23, 3 (Neratius) Gelegenheit zu einem passenden Vergleich; für die ganze Frage aber L. 61 pr. eod. (Terentius Clemens), woselbst statt *curator tutor*, statt *doti promittere, doti dicere* zu lesen ist. —

²⁾ Vgl. dazu c. 15 § 3 C. 7, 2 (Just.): *si quidem res hereditariae sufficient ad implendos creditores.*

³⁾ Auch in c. un. § 7 C. 5, 13 lässt Justinian der Frau einen ähnlichen Besserungsschein vom Manne ausstellen mit den Worten: *cautione videlicet ab eo exponenda, quod, si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret.* Vgl. c. ult. § 1 C. 6, 37: *cautionem in personam heredis exponere.*

muss; nur ist als Autor nicht Paulus, sondern Tribonian zu denken. —

Nach Schulting ad h. l. ist dies auch die Meinung Anton Fabers.

V. Hiernach bleiben noch zwei Stellen, welche *adimplere* enthalten; es ist zunächst L. 74 D. 29, 2. Paulus libro 12 ad Plautium:

Qui putat se decem dare jussum, cum quinque jussus sit, si decem dederit, fiet heres adeundo. § 1. *At si quinque putet se jussum dare, cum decem dare jussus est, et dat quinque, non implet condicionem, sed ad ali-quid proficit, ut, si adimpleuerit reliquum, aliorum quinque datione uideatur condicio esse impleta.* § 2. Qui bona fide seruit si quasi jussu domini adierit, non obligabitur.

Im Principium der Stelle sagt Paulus, dass *in pluri minus inest*, dass also, wer *10 condicionis implendae causa* giebt, weil er nicht weiss, dass er blos 5 zu geben nöthig hat, die Bedingung erfüllt hat und Erbe wird. Diese Ausführung ist in der Form tadellos, sachlich allerdings ziemlich selbstverständlich. § 1 dagegen ist nicht blos sachlich so selbstverständlich, dass er bei nahe ungereimt erscheint, sondern bietet auch in der Form manchen Anstoss; zunächst ist er namentlich gegen den Schluss hin von einer erdrückenden Breite, sodann ist die Aufführung des Thatbestandes mit *cum — est* (statt *cum — sit*, wie es im Principium heisst), und *et dat quinque*, statt *si decem dederit* auffallend unelegant.

Sonach ist es zum Mindesten nicht unwahrscheinlich, dass dieser Paragraph von Tribonian eingefügt ist;

jedenfalls wird durch diese Stelle nicht bewiesen, dass *adimplere* = erfüllen auch bei den Classikern sich findet, schon darum nicht, weil es hier ja wie bei *Columella*: zu füllen, „zu erfüllen“ heisst.

VI. L. 25 D. de rebus dubiis (34, 5) (Celsus) lautet:
Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, libér esto. cui ut dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus dare damnas esto. testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est.

§ 7. 2. Coadunare.

Coadunare ist, wie *adimplere*, ein Decompositum, und also spät lateinisch¹⁾). Auch dieses Wort kommt, wie *adimplere*, bei Justinian häufig²⁾ vor. In den Pandecten steht es zweimal, m. E. beide Male interpolirt. Die treffenden Stellen sind folgende:

I. L. 9 D. 2, 14. Paulus libro 62 ad edictum.
Si plures sint qui eandem actionem habeant, unius loco habentur. ut puta plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. et cum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine conuenerant. nec non et unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum praetendentium si conuenerit, placuit unius loco esse. nam difficile est, et unus homo duodorum vicem sustineat. nam nec is, qui plures actiones

¹⁾ Georges citirt dafür Aurelius Victor, also Mitte des 4. Jahrhunderts.

²⁾ z. B. c. Tanta (2 C. 1, 17) § 6 a; c. 31 § 6 C. 5, 12; c. 28 § 6 C. 6, 23; c. 34 § 3 C. 8, 53.

habet, adversus eum, qui unam actionem habet, plurum personarum loco accipitur. § 1. *Cumulum debiti et ad huius summas referemus, si uni forte minutae summae centum aureorum debeantur, alii vero una summa aureorum quinquaginta: nam in hunc casum spectabimus summas plures, quia illae excedunt in unam summam coadunatae.* § 2. *Summae autem applicare debemus etiam usuras.*

Die Stelle handelt vom Zwangsvergleich, über welchen Marcus eine *forma* gegeben hat; nach dieser *forma* sollte die Majorität der Forderungen bekanntlich das Recht haben, den Nachlass zu beschliessen.

Bei dieser Gelegenheit wirft Paulus die Frage auf, ob von mehreren, welche dieselbe *actio* haben, jeder eine Stimme für den Betrag der *actio* führen soll, oder sie zusammen nur eine. Er entscheidet sich ohne Bedenken für das letztere, und führt als Beispiele zunächst Correal-Gläubiger und Handelsgesellschafter an; daran schliesst sich der Fall mehrerer Vormünder eines Mündels, in dem Satz *cum — convenerant*. Schon in diesem Satz ist Einiges verdächtig, ohne dass jedoch der Sinn zu beanstanden wäre.

Dagegen beginnt mit *nec non et* eine Expectoration, welche unmöglich Paulus angehören kann.

Sprachlich kündigt sich dies zunächst an in dem *nec non et*: schon *nec non* ist schlimm, aber *nec non et* ist unerträglich; als Parallelstelle führe ich L. 22 § 6 D. 24, 3 an, wo Bechmann aus den Worten *nec non illud quoque probamus* geschlossen hat, dass nicht Alles in Ordnung ist; und L. 12 § 2 D. 47, 2, wo der unverständliche Satz: *nec non et ipsi domino dari placet,*

et sic fit, ut non teneatur furti et agat natürlich eingeschoben ist¹⁾). Vgl. L. 28 pr. D. 4, 6, wo die ersten Worte anknüpfungshalber von den Compilatoren hinzugefügt sind, und L. 1 § 2 unde vi (43, 16), wo *nec non et constitutionibus principum* interpolirt ist; ferner L. 17 D. 22, 5 vgl. mit § 8 J. 2, 10. L. 88 § 2 D. 31.

Auch das ist auffällig, dass jetzt von *pupilli debitum praetendentes*²⁾ die Rede ist, während vorher ein *pupillus creditor* erwähnt wird. Ob *unus tutor si convenerit*, aufrecht zu erhalten ist, kann ich nicht entscheiden, jedenfalls ist die Bedeutung, die *convenerit* hier hat (»mit Andern als Einzelner zusammenkommen«), eine andere, als die, welche es in dem *omnes convenire debent* bei Ulpian (L. 10 pr.) und im direct Vorhergehen den bei Paulus hat (mehrere kommen zusammen *conveniunt*).

Auch ist: *difficile est ut sustineat* schwerlich von Paulus.

Nunmehr wende ich mich zum Sinn der Sätze *nec non — accipitur*. Vorher wurde die Frage entschieden, ob mehrere Gläubiger für eine Schuld als mehrere oder als Einer zu gelten haben; welche Frage steht jetzt (von *nec non et an*) zur Beantwortung? Ein *tutor* kommt für mehrere Mündel; diese mehreren Mündel haben eine Forderung: die Sache ist also nicht, wie in dem vorher besprochenen Fall, einmal complicirt, sondern zweimal: ein *tutor*, zwei *pupilli*; ausserdem: zwei *pupilli*, eine Forderung. Grund zum Zweifel, ob hier zwei Stimmen anzunehmen seien, oder blos

¹⁾ Vielleicht fängt Ulpian erst wieder bei *sed utrum an*.

²⁾ Vgl. c. ult. (Just.) C. 7, 72: *non omnes hujusmodi debita praetendentes*; bald darauf: *omnes talia debita praetendentes*.

eine, konnte nur daraus entstehen, dass zwei *pupilli* vorhanden sind. Dieser Zweifel war aber schon im Vorhergehenden beseitigt mit der Motivirung: es liegt nur eine Schuld vor. Daher war unser Fall im Vorhergehenden bereits entschieden. Man muss sich diese, wie mir scheint, unbestreitbaren Schlüsse vergegenwärtigen, um die Motivirung von *nam difficile* an in ihrer ganzen Verkehrtheit würdigen zu können. Denn in dieser Motivirung wird das ganze Gewicht auf die Thatsache gelegt, dass zufällig die beiden *pupilli* nicht blos eine gemeinsame Forderung haben, sondern auch einen gemeinsamen *tutor*. Diese Thatsache ist aber einerseits hier für das Resultat unnöthig: auch wenn die *pupilli* verschiedene *tutores* hätten, wäre doch nur eine Stimme da: *quia unum debitum est*. Andererseits würde diese Thatsache, dass nur ein Abstimmender kommt, für sich allein nicht nothwendig zur Folge haben, dass dieser nur eine Stimme abgeben kann: Gesetzt, ein *tutor* hätte mehrere *pupilli*, von denen jeder eine gesonderte Forderung hat, so würde er unzweifelhaft mehrmals stimmen können¹⁾. Die Motivirung ist also für das Resultat nicht erforderlich und nicht ausreichend. Was endlich die im letzten Satze (*nam nec is qui — accipitur*) enthaltene Motivirung der Motivirung betrifft, so enthalte ich mich über dieselbe jedes Urtheils, da es

¹⁾ Ein solcher Fall ist leicht denkbar. Der Pupill α hat drei Vormünder: A. B. C. Der Pupill β ebenfalls drei: C. D. E. C. wohnt am Orte des Concurses, und wird von beiden Seiten beauftragt, zu stimmen. Er hatte vorher Conferenzen mit A. und B., die gegen, mit D. und E., die für den Nachlass sind. Hier kann er sogar einmal mit Ja! das anderemal mit Nein! stimmen.

mir trotz häufiger Betrachtung nicht gelungen ist, in derselben eine präzisirte Idee, oder eine Beziehung auf den übrigen Inhalt der Stelle zu entdecken.

Nach alledem stehen wir hier vor der Frage: hat in den missverstandenen Kunstausdrücken der Juristsprache Paulus Abwegiges vorgebracht, oder hat dies Tribonian gethan?

Die Beantwortung dieser Frage wird bedeutend erleichtert durch den § 1, welcher auch das uns hier beschäftigende Wort *coadunare* enthält. Der § 1 ist nämlich weiter nichts, als die Ausdehnung der Bestimmung, welche Justinian über eine Specialfrage der *cessio bonorum* in c. 8 C. 7, 71 gegeben hat, auf den Zwangsvergleich vor Antretung der Erbschaft. Hinzuzunehmen ist nur noch aus den Pandecten der mittlere Theil von L. 8 D. 2, 14, Papinianus libro 10 responsorum:

Majorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. *quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferrendum est. in numero autem pari creditorum auctoritatem ejus sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellut. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est.* hoc enim ex divi Marci rescripto colligit potest.

Wir finden in den Pandecten nicht blos den Gedanken wieder, den Justinian im Codex ausgesprochen hat, sondern die Durchführung ist in beiden Gesetzbüchern dieselbe, und selbst die Ausdrücke Justinians sollen, wenn wir den Pandecten Glauben schenken dürfen, bereits von Papinian und Paulus gebraucht

worden sein. Als solche Ausdrücke seien hier nur kurz hervorgehoben:

Papinian	Justinian	Paulus
Cumulus debiti	Cumulus debiti	Cumulum debiti (bis!)
	(darüber später)	
Sin autem omnia	Sin vero undique	
undique in unam	aequalitas emer-	
aequalitatem con-	gat.	
currant.		
Humanior senten-	Eos anteponi, qui	
tia a praetore eli-	ad ¹⁾ humaniores	
genda est.	declinant senten-	
	tiam.	
Tunc plurium nu-	Tunc amplior pars	
merus creditorum	creditorum obti-	
praeferendus est	neat.	
Praecellit	Antecellit	
	In unum coaduna-	In unam summam
	tis.	coadunatae

Dagegen ist noch die Frage aufzuwerfen, ob eine solche aprioristische Besprechung entfernter Möglichkeiten, wie z. B., dass gerade a gegen a Forderungen und, damit concurriend, b gegen b Gläubiger stehen werden, mehr nach Papinian oder mehr nach Justinian aussieht. Äusserlich ist jedenfalls das Schema auch in L. 8 das Justinianische, wie es Eisele²⁾ aufgewiesen hat.

¹⁾ c. 13 § 1 C. 3, 33 (Just.): *ad humaniores declinare sententiam.*

²⁾ a. a. O. S. 19 ff.

Die Veranlassung für die Compilatoren, hier die byzantinischen Errungenschaften einzuschalten, gab vielleicht (L. 9) § 2, in welchem gesagt ist: *Summae applicare debemus etiam usuras.*

Ausser in L. 9 § 1 kommt *coadunare* in den Pandecten noch einmal vor, nämlich in L. 7 § 2 D. 10, 4. Ulpianus libro 24 ad edictum:

Idem et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho junxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, *aut bracchium statuae coadunaveris.*

Da es nicht möglich ist, aus L. 23 § 5 D. 6¹⁾) und § 40 J. 2, 1 sicher zu erfahren, wie die Classiker über die Anschweissung des Statuenarmes dachten, so lässt sich inhaltlich gegen den Schluss der Stelle nichts sagen; bedenklich scheint mir aber, dass der letzte Satz mit *aut* angefügt ist, während die Disjunction im Vorgehenden immer durch *vel* bewerkstelligt wurde. Dies in Verbindung mit dem Umstand, dass *coadunare* sonst niemals statt *ferruminare* oder *adplumbare* gebraucht wird, begründet meines Erachtens eine starke Wahrscheinlichkeit dafür, dass jene vier Worte eingeschaltet sind.

§ 8. 3. Satisficationem dare.

Den Sprachgebrauch der Juristen in Beziehung auf *satis = satisfatio* zu verfolgen, ist gewiss lohnend. Hier

¹⁾ Ohne Zweifel ist der Satz: *et ideo in omnibus his casibus in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est*, in dieser Form nicht von Paulus; die Compilatoren haben gewiss historische Notizen zu diesem Satze verarbeitet.

nur die Bemerkung, dass die Römer bei einigen Verbalverbindungen *satisfactionem* haben, bei anderen wieder *satis*, und dass es scheint, als ob Papinian hierin einem strengeren Sprachgebrauch huldigte, denn er hat z. B. *satis praestare* (L. 8 D. 7, 5), während sonst *satisfactionem* *praestare* vorkommt.

Im Folgendem handelt es sich um *satisfactionem dare*. Wir sagen: »Genugthuung geben«, nicht »Genug geben«; »Genüge leisten« und auch wohl »Genugthuung leisten«, aber niemals »Genugthuung thun«. Wir sagen auch nicht »Wählerisch in der Wahl seiner Mittel«; »Auf der jenseitigen Seite«; kaum: »Es schien mir wahrscheinlich«. Aehnlich steht es im Lateinischen: bei aller Verschiedenheit des Sprachgebrauchs sollte darüber kein Zweifel sein, dass Niemand, der noch einen Funken von Verständniss für die lateinische Sprache hatte, *satisfactionem dare* schreiben konnte. Dagegen ist der griechischen Ausdrucksweise: *πόλεμον πολεμεῖν* etc. diese lateinische Wendung wenigstens verwandt, und daher dürfen wir uns nicht wundern, wenn die Byzantiner von derselben Gebrauch machen.

So kommt denn die Phrase in § 2 J. 4, 11 dreimal hintereinander vor, und c. 7 § 4 C. 5, 70, sowie c. 15 § 1 a und § 4 a C. 7, 2 (beide von Justinian) bringen sie ebenfalls. Finden wir dieselbe nun in den Pandecten einigemale, so sind die betreffenden Stellen bis auf einen (aus dem Inhalt an sich etwa möglichen) Gegenbeweis als interpolirt zu erachten.

Solcher Stellen giebt es fünf, von denen zwei offenbar blos redactionell nothwendig gewordene Flicken der Compilatoren sind:

1. L. 17 § 5 D. 1, 7 lautet (Ulpianus libro 26 ad Sabinum):

Satisdatio autem in his casibus dari solet.

Dieser Paragraph, der auch noch durch die mittleren Worte bedenklich ist, dient dazu, den Anschluss an L. 18 herzustellen.

2. Aehnlich steht es mit L. 7 pr. D. 39, 1.

Dagegen giebt es drei weitere Stellen mit *satisfactionem dare*, deren Restitution inhaltlich interessantere Erwägungen mit sich bringt; zunächst:

3. L. 7 § 2 D. 2, 8 (Ulpianus libro 14 ad edictum):

Si satisdatum pro re mobili non sit et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debbit, si hoc judici sederit, donec vel satisdatio detur vel lis finem accipiat.

Dass diese Stelle interpolirt ist, hat bereits Anton Faber¹⁾ bemerkt. Für den classischen Process, den Ulpian in seinen Büchern *ad edictum* doch unzweifelhaft vor Augen gehabt hat, enthält sie unlösbare Schwierigkeiten. Unmöglich konnte darüber, ob Satisfation erfolgen solle, eventuell, welche Folgen deren Unterlassung habe, der *judex* befinden; sodann hat mit dem *officium* = Bureau, wenn es überhaupt in den Pandecten möglich sein sollte, der *judex* wiederum nichts zu thun; es kommt auch ein solches *officium* im *ordo judiciorum* gar nicht vor.

Also für den classischen Process ist die Stelle sinnlos; sprachlich ist besonders *sederit* hervorzuheben, welches im pr. J. 2, 6 sein Gegenstück findet in: *nobis melior sententia re sedet*.

¹⁾ In den Conjecturac.

4. L. 5 pr. D. 5, 3 Ulpianus libro 14 ad edictum:
Divus Pius rescripsit prohibendum possessorem here-
ditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoa-
retur, aliquid ex ea distrahere: *nisi maluerit pro omni
quantitate hereditatis vel rerum ejus restituzione satis-
dare. causa autem cognita, etsi non talis data sit satis-
atio, sed solita cautio,* etiam post litem coeptam de-
minutionem se concessurum praetor edixit, ne in to-
tum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates alias
impeditat. ut puta si ad funus sit aliquid necessarium:
nam funeris gratia deminutionem permittit. item si
futurum est, ut, nisi pecunia intra diem solvatur,
pignus distrahat. sed et propter familiae cibaria ne-
cessaria erit deminutio. sed et res tempore perituras
permittere debet praetor distrahere.

Ueber den Inhalt dieser Stelle existiren zwei ent-
gegengesetzte Anschauungen, von denen die eine, herr-
schende, so interpungirt, wie hier geschehen ist, wäh-
rend die andere, durch einige ältere Pandectenausgaben
vertretene¹⁾), vor *causa autem cognita* ein Komma und
hinter *deminutionem* einen Punkt setzt.

Die erste Anschauung wird meines Erachtens sehr
mit Recht von Lenel durch die Bemerkung charakteri-
sirt, »wobei kein erträglicher Sinn herauszubringen ist«.²⁾
Derselben zufolge hat Pius presribirt, dass der Besitzer
nicht veräussern dürfe, wenn er nicht Satisfaktion stelle.
Das ist denkbar. Undenkbar aber, dass hinterher be-
merkt sein soll, der Prätor habe edicirt, dass er *causa
cognita*, selbst wenn nicht solche Sicherheit gestellt sei,

¹⁾ Vgl. Lenel Ed. Perp. S. 107.

²⁾ a. a. O. Anm. 2.

sondern die gewöhnliche Caution, auch nach der *litis contestatio* eine Deminution gestatten werde.

Der Prätor konnte ja an die *satisfatio*, wenn sie erst durch Pius eingeführt war, gar noch nicht denken, vielweniger sie in seinem Edict erwähnen.

Wenden wir uns aber zur anderen Interpunction, so ist zunächst zu bemerken: das *causa cognita*, welches sie dem ersten Satze anhängt, fehlt ihr offenbar im zweiten: — Lenel vermutet daher in dem Edict, welchem so das *causa cognita* entzogen, ein *si justa causa esse videbitur* —; denn *in totum — ut putd*, — *item si*, — *sed et*, — *sed et*, — machen nicht nur im Edict, sondern auch im Commentar eine derartige Bemerkung durchaus nothwendig. Ausser diesem Bedenken, welches mir völlig unüberwindlich scheint, spricht gegen diese Interpunction noch Folgendes: nach dieser Auffassung soll Pius noch rescribirt haben, dass *causa cognita* der Besitzer sogar *post litem coeptam*, und sogar, wenn er die gewöhnliche Caution gestellt hat, an der Veräusserung zu hindern sei.

Hiernach läge eine Steigerung darin, dass er nicht blos *ante*, sondern auch *post litem coeptam* nicht veräussern dürfe. Eine solche Auffassung widerspricht, so weit ich sehe, den Grundsätzen über Veräusserung der *res litigiosae*.

Ebenso läge eine erhöhte Garantie in der *solita cautio*, im Vergleich zur *satisfatio*, was mir ebenfalls nicht möglich scheint.

Wenn sonach die Erklärung auf Grundlage der zweiten Interpunction auch ihrerseits nicht genügt, so glaube ich durch den Cursivdruck eine höchst einfache

und befriedigende angedeutet zu haben: nach derselben ist zu interpungiren, wie die herrschende Meinung es thut; aber Pius hatte blos rescribirt, dass der Besitzer vor dem Streitbeginn nichts veräussern dürfe. Im Anschluss daran hatte Ulpian erwähnt, dass nach prätorischem Edict sogar nach Streitbeginn *causa cognita* eine Deminution gestattet sei (was vor dem Streitbeginn selbstverständlich auch der Fall war; oder sollte mit dem Begräbniss bis zu dem Streitbeginn gewartet werden?).

Die Compilatoren überkam das Gelüste, in das Rescript des Pius eine Caution hinein zu setzen; wie sie denn überhaupt Cautionen oder vielmehr Cautelen über Alles liebten. Sie schoben also hinter *distrahere* ein: »er müsste denn für Alles Sicherheit stellen wollen«: ist es anzunehmen, dass Pius, der sich von den bedeutendsten Juristen berathen lassen könnte, in dieser Weise rescribirt hat? würde er wohl die Erlaubniss, etwas zu veräussern, von einer Sicherstellung für den ganzen Betrag der Erbschaft abhängig gemacht haben? würde er (oder würde Ulpian in seinem Berichte) wohl diese wichtige *facultas* in einem Satz mit *nisi* haben nachschleppen lassen? Diese Fragen drängen sich auf, und von der anderen Seite weist der Gebrauch von *malle* statt *velle* und die überflüssige und incorrecte (weil von den *Activa* der Erbschaft nur die *res* nennende) Phrase *vel rerum ejus restituzione* recht deutlich auf Tribonian hin¹⁾.

¹⁾ *Pro* statt *de* kommt z. B. noch in L. 2 § 7 D. (2, 15) *transactionibus* vor.

Nachdem sie die *satisfatio* so hineingebracht hatten, fühlten sich die Compilatoren bemüsstigt, in den Satz *causa autem cognita deminutionem se concessurum praetor edixit* die Bemerkung einzuschalten, dass hierbei ihre *satisfatio* nicht nothwendige Voraussetzung sei, — was übrigens ohnehin Niemand vermuthet hätte; hierbei ist ihnen nun begegnet, dass sie *satisfatio data* gesagt haben, und glücklicherweise ist die Conjectur, die fünf Buchstaben *datio* zu streichen, hier wegen des *genus* von *data* und wegen *talis* unmöglich.

In Folge dieser Interpolation, deren Beweis mir nach jeder Richtung gesichert scheint, ist denn die Stelle, so wie sie in den Pandecten steht, sinnlos¹⁾.

5. L. 32 § 16 D. 4, 8. Paulus libro 13 ad edictum:
Quaesitum est de sententia dicenda, et dictum non quamlibet, licet de quibusdam variatum sit. et puto vere non committi, si dicat ad judicem de hoc eundum vel in se vel in alium compromittendum. nam et Julianus impune non pareri, si jubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non sit: *quod si hoc modo dixeru, ut arbitrio Pubpii Maevii fundus traderetur aut satisfatio detur, parendum esse sententiae.* idem Pedius probat: ne propagentur arbitria, aut in alias interdum inimicos agentium transferantur, sua sententia finem controversiae eum imponere oportet: non autem finiri con-

¹⁾ Eine andere Frage ist, ob an Stelle des Interpolirten ächte Ulpianische Worte standen, ob z. B. von einer *cautio pro praede litis et vindiciarum* oder *judicatum solvi* die Rede war; hierauf hatte Herr Prof. Lenel die Güte mich aufmerksam zu machen. In der That passt zu einer *cautio pro praede litis et vindiciarum* die *satisfatio pro [omni quantitate hereditatis] et [rerum ejus restitutione]* trefflich. Vgl. Paul. sent. I, 11, 1.

troversiam, cum aut differatur arbitrium aut in alium transferatur; partemque sententiae esse, quemadmodum satisdetur, quibus fidejussoribus, idque delegari non posse, nisi ad hac compromissum sit, ut arbiter staueret, cuius arbitratu satisdaretur.

Die Gründe, aus denen ich das cursiv Gedruckte für interpolirt halte, sind folgende: So, wie die Stelle lautet, würde Julian sich selber widersprochen haben. Denn zuerst hätte er gesagt, wenn der *arbiter* die Parteien zu einem Anderen schicke, so könne man sich straflos über diese Sentenz hinwegsetzen; dann hätte er aber, im unmittelbaren Anschluss hieran, gesagt, der *arbiter* dürfe die Sache doch dem *arbitrium* eines Anderen anheimstellen. Ganz unbegreiflich ist, nach dem überlieferten Texte, die Zustimmung des Pedius, welcher in seiner Motivirung ausdrücklich sagt, dass die Satisfaktion, als Theil der Sentenz, nicht delegirt werden könne. Lässt man dagegen den cursiv gedruckten Satz weg, so ist die Deduction durchaus schlüssig: dann hat Julian gesagt, dass der *arbiter* nicht die Macht habe, die Parteien zu einem anderen *arbiter* zu schickēn. Pedius billigt dies, mit der Motivirung, dass die Sache bald ein Ende nehmen soll. Uebrigens scheint das *satisfatio detur* nach der oben (S. 31) charakterisirten Manier, aus dem *satisdetur* bei Pedius geschöpft: Her vorheben möchte ich noch eine grammatische Eigen thümlichkeit, welche bei den Compilatoren nicht bei spiellos ist: *traderetur aut satisfatio detur*. Das ist offenbar grammatisch höchst verkehrt. Es kommt aber ganz ein Aehnliches noch einmal in einer Stelle vor,

welche ebenfalls interpolirt ist¹⁾). — Mommsens Vorschlage, statt: *idem Pedius probat* zu lesen: *Pedius id improbat* kann ich mich hiernach nicht anschliessen; dieser Vorschlag hat meines Erachtens das gegen sich, dass, wer ihn annimmt, nicht erkennen lässt, welcher Meinung Ulpian ist.

Der letzte Satz, welcher uns hier jedoch ferner liegt, scheint mir deswegen interpolirt, weil in dem Falle, der mit *nisi* eingeführt wird, und der übrigens recht selten vorkommen dürfte, der *arbiter* ja nichts delegirt, sondern eine Befugniss, die Er nicht hat, für einen Anderen schafft.

§ 9. 4. *Celebrare* = perficere.

Celebrare heisst »feiern«, aber nicht »abschliessen«, »vornehmen«; letztere Bedeutung gewinnt das Wort erst in späterer Zeit.

Die Pandectenstellen, in denen es jene Bedeutung haben soll, sind folgende:

1. L. 31 § 3 D. 39, 5 (Papinianus libro 12 respon-sorum) = fr. vat. 257:

Ejusmodi lege deposita in aede sacra, ut eam ipse so-

¹⁾ Denn auch in L. 31 § 1 D. 39, 5 scheint Papinian geschrieben zu haben: *cum ea significatione non modus donationis declaretur nec ab usu proprietas separetur, sed peculium a dote puellae: — distingueretur* haben die Compilatoren, denen ja der ganze Schluss des Paragraphen zugehört, noch eingeschoben, weil ihnen *decla]retur*, *sepa]retur* und *distingue]retur* zu einander zu passen schien. — Dies wird auch durch die knappe Weise Papiniens wahrscheinlich, da das Wort *distinguere]retur* durchaus überflüssig ist. — Vgl. L. 2 D. 17, 1 mit den Institutionen 3, 26: *sponderes* ist in *fidejubeas* umgewandelt.

lus qui depositus tolleret aut post mortem domini Aelius Speratus, non videri *celebratam* donationem respondi.

Die vat. haben statt *celebratam* das Wort *perfectam*, welches hier als eine Reminiscenz an die Lex Cincia getilgt ist, wiewohl es in anderen Stellen (vgl. § 2 ibid.; L. 2 § 2 eod.) stehen geblieben ist.

2. L. 61 § 1 D. 23, 3 Terentius Clemens libro 3 ad legem Julianam et Papiam:

Iste autem curator [Terentius: tutor, vide pr.: rata non habetur *auctoritas* dolo malo facta] res dotis nomine tradere debet, non etiam ut vendat cuilibet et pretium ejus in dotem det. dubitari autem potest, an hoc verum sit: quid enim si aliter honeste nubere non possit, quam ut pecuniam in dotem det idque ei magis expeditat? atquin possunt res in dotem datae plerumque alienari et pecunia in dotem converti. *sed ut expediatur quaestio, si quidem res in dotem maritus accipere maluerit, nihil amplius quaerendum est: sin autem non aliter contrahere matrimonium vir patitur nisi pecuniis in dotem datis, tunc officium est curatoris apud eundem intrare judicem, qui eum constituit, ut iterum ei causa cognita etiam viro absente permittat rerum venditione celebrata dotem constituere.*

Bis *in dotem converti* geht hier die Argumentation eines Juristen. Von *sed ut expediatur quaestio* an beginnt der Entscheid eines unumschränkten Gesetzgebers, der für juristische Deductionen keine Zeit hat (*sed ut expediatur quaestio*). Besonders schlecht ist *maluerit* statt *voluerit* und *contrahere matrimonium vir patitur*. Ganz unmöglich ist für den classischen Juristen, dass

der Vormund »eindringen«¹⁾ soll bei demselben *judex*, der ihn bestellt hat, und dass dieser *judex* nachher *causa cognita* eine Verwaltungsmassregel erlässt. Das kann wohl ein Magistrat, aber niemals ein *judex*. Auch findet sich die Verästelung mit *si quidem* und *sin autem*, kurz, es kann kaum ein Zweifel sein, dass hier Tribonian spricht.

3. L. 21 § 1 D. 13, 5 Paulus libro 29 ad edictum:
Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant: alioquin et confessim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas: sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, *ut exactio celebretur*.

Der ganze letzte Satz von *sed modicum* an ist mir bedenklich, weil ich nicht absehen kann, welchen Grund und welches Recht Paulus gehabt haben könnte, gerade zehn Tage als Minimum zu »statuiren«. Ganz gewiss aber sind die drei letzten Worte *ut exactio celebretur* nicht von Paulus; sie sind eine geistlose und incorrecte Wiederholung des Vorhergehenden.

¹⁾ Justinian in c. 6 pr. C. 8, 48 (49): *intrare competentis judicis tribunal*. —

III. Stets verdächtige Worte.

§ 10. 1. *Cumulus*.

Cumulus bedeutet nicht sowohl den Haufen, d. h. die ganze Masse, als vielmehr das Hinzugehäufte, *le comble*. In den Pandecten kommt mehrfach die geschmacklose Wendung *cumulus debiti* oder *aeris alieni* oder *patrimonii* vor: zwei von den betreffenden Stellen, L. 8 und L. 9 § 1 D. 2, 14 sind bereits oben als interpolirt erwiesen worden; es bleiben noch drei andere, die hier zu besprechen sind.

3. L. 2 § 44 D. 38, 17. Ulpianus libro 13 ad Sabinum:
Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub condicione sit relictum „si tutores non habuerit“ et propterea ei mater non petierit, ne condicione deficeretur, an constitutio cesseret. et puto cessare, *si damnum minus sit cumulo legati*. quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertullianum. et putat dannam in eos actionem, quatenus plus esset in damno, quam in legato. nisi forte quis putet condicionem hanc quasi utilitati publicae obpugnantem remittendam ut alias plerasque; aut verba cavillatus imputaverit matri, cur curatores non petierit. finge autem plenius conditionem conscriptam: nonne erit matri ignoscendum?

aut hoc imputatur matri, cur non desideravit a principe condicionem remitti? et puto non esse impunitandum.

Es handelt sich um das Rescript des Severus, welches in L. 2 § 2 D. 26, 6 erhalten ist. Dies Rescript setzte als Strafe für eine Mutter, welche es verabsäumte, für ihre Kinder angemessene Vormünder zu erwirken, den Verlust des Intestaterbrechts am Vermögen eben dieser Kinder fest. Dies ist die *constitutio*, von welcher hier die Rede ist, Gegenstand der Besprechung also eine Strafe für Nachlässigkeit. Ulpian wirft hierbei die von ihm selbst als hübsch bezeichnete Frage auf, ob diese Strafe auch dann eintreten soll, wenn die Mutter zwar wider den Wortlaut des Rescripts verstossen hat, aber nicht aus Nachlässigkeit, sondern *bona mente*, weil den Kindern ein Legat unter der Bedingung hinterlassen war: *si tutores non habuerint*. Es scheint, dass Ulpian die Frage verneint hat mit den Worten: *et puto constitutionem cessare*, wie dies durch den Schluss des Paragraphen von *nisi forte — verba cavillatus imputaverit matri* etc. an, rein äusserlich betrachtet, fast nothwendig wird.

Eine solche Entscheidung ergiebt sich meines Erachtens auch aus dem Sinn des Réscripts. Keineswegs aber, scheint mir, kann Ulpian so geurtheilt haben, wie es in dem cursiv gedruckten Satze steht. Ob eine solche, unter Umständen natürlich sehr beträchtliche Strafe, wie der Verlust des Anrechts auf das Vermögen der Kinder, eintreten soll, oder nicht, — das kann doch nicht von dem Resultat einer rein calculatorischen Operation abhängig gemacht werden.

Welchen Schaden die Kinder dadurch erlitten haben, dass die Mutter ihnen keinen Vormund erbeten hat, ist natürlich schwer zu berechnen.

Niemand wird der Mutter zumuthen wollen, diesen Calcul auf ihre eigene Gefahr anzustellen; man würde sie also dazu drängen, stets den für sie ungefährlicheren Weg der Vormundserbittung zu wählen. Stellt sich bei der amtlichen Calculation nur ein kleines Deficit heraus, so ist es offenbar sinnlos, deswegen die Mutter auszuschliessen.

Anders liegt die Sache schon in dem Tertullianischen Falle, wo es sich um die Municipalmagistrate handelt. Diese letzteren haften auf das Interesse, und können daher gewiss den Vortheil, der aus ihrer Anstiftung erwachsen, gegen den Nachtheil aufrechnen. Leicht möglich, dass der Satz: *si damnum minus sit cumulo legati* aus dem Satze *quatenus plus esset in damno quam in legato* geschöpft ist, obwohl auch dieser letztere Satz einige Veränderungen erlitten zu haben scheint.

In sprachlicher Beziehung ist hervorzuheben: es ist nicht classisch, eine aufgeworfene Frage für einen Fall zu beantworten, für den anderen nicht; die Römer sind nicht so karg, wenn die Antwort auf diesen Fall sich aus der auf jenen Fall noch so deutlich ergiebt.

4. L. 3 § 3 D. 27, 2 Ulpianus libro 1 de omnibus tribunalibus:

In amplis tamen patrimoniis positis non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit modum alimentis dabit.

In §.1 war der vernünftige Grundsatz entwickelt, dass die Höhe der Alimente sich nach der Grösse des

Vermögens richte, in der Weise jedoch, dass von dem Ertrage möglichst noch etwas zurückgelegt werden solle. Im § 2 ist dies detaillirt ausgeführt. Sehr merkwürdig daher, dass im § 3 nun auf einmal das Entgegengesetzte proclamirt wird, wonach auch reicher Leute hinterlassene Kinder nicht mehr haben sollen, als für ihren Unterhalt kärglich genügt; um so merkwürdiger, da § 4 sich an § 1 und 2 unmittelbar anschliesst.

5. L. 4 D. 36, 1. Ulpianus libro 4 fideicommis-sorum:

Quia poterat¹⁾ fieri, ut heres institutus nolit adire hereditatem veritus, ne damno adficeretur, prospectum est²⁾, ut si fideicommissarius diceret suo periculo adire et restitui sibi velle, cogatur heres institutus a praetore adire et restituere hereditatem. quod si fuerit factum, transeunt actiones ex Trebelliano nec quartae commodo heres in restitutione utetur: nam cum alieno periculo adierit hereditatem, merito omni commodo arcebitur. nec interest, solvendo sit hereditas nec ne: sufficit enim recusari ab herede instituto. [neque illud inquiritur, solvendo sit hereditas an non sit.]³⁾ opinio enim, vel metus vel color, ejus, qui noluit adire hereditatem, inspicitur, non substantia hereditatis, nec im-merto: non enim praescribi heredi instituto debet, cur metuat hereditatem adire *vel cur nolit*, cum variae sint hominum voluntates: quorundam negotia timen-tium, quorundam vexationem, quorundam aeris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hereditas, quorundam offensas vel invidiam: quorundam gratificari vo-

¹⁾ Ulpian wohl: *potest*.

²⁾ Ulpian wohl: *Pegasiano. S. C. prospicitur* etc..

³⁾ S. Mommsen tomus II D. h. I.

lentium his, quibus hereditas relicta est; sine onere
tamen suo.

Diese Stelle ist in Upians Sinne die Einleitung zu seiner Besprechung des Pegasianum; sie ist daher vielfach interpolirt, wie denn z. B. der Anfang der Stelle zu breitspurig ist, um selbst auch nur für Ulpianisch gelten zu können, und wie ferner die Klagen nicht aus dem Trebellianum, sondern aus dem Pegasianum übergehen. Im Folgenden ist das *vel cur nolit* bedenklich; sehr schlecht erscheint aber der Schlusssatz von *quorundam* an; er ist entweder eine unlogische Apposition oder ein griechischer *genitivus absolutus* statt des lateinischen *ablativus absolutus*; er macht inhaltlich einen komischen Eindruck, und namentlich der Schluss, worin die letzte Menschenclasse aufgeführt wird, ist unverständlich: wer sind die *hi, quibus hereditas relicta est?* Sind es die Intestaterben, so passt das Ganze nicht, sind es die Fideicommissare, so passt es erst recht nicht. In diesem Satze ist aber ganz besonders auffallend diejenige Classe, welche »der Schulden aufhäufstes Maass« fürchtet, wenn auch die Erbschaft reich erscheint.

Indess muss allerdings dem subjectiven Ermessen überlassen bleiben, inwiefern man Ulpian unlogischer Breitspurigkeit für fähig hält.

§ 11. 2. Regressus.

Eck sagt in Holtzendorffs Rechtslexikon von dem Wort Regress: „In den Quellen kommt der Ausdruck R. nur vereinzelt vor.“ – Diese Erscheinung ist an und für sich schon recht eigenthümlich. Entweder man

hatte die allgemeine Denkform des Regresses, dann ist nicht zu begreifen, warum man von ihr einen so spärlichen Gebrauch machte, oder man hatte sie nicht, dann konnte auch das Wort nicht in die Sprache hineinschlüpfen. In einigen unter den wenigen Stellen ist eine Interpolation ziemlich sicher. Andere sind so un-elegant, dass eine Änderung an dem ächten Juristen-texte wahrscheinlich ist. Dies macht auch den Rest verdächtig. Doch ist hier noch mehr als bei *cumulus* Hypothese, abgesehen von L. 25 § 17 D. 5, 3.

Bei L. 25 § 17 D. 5, 3 hat Mommsen bemerkt:
nisi emptores regressum ad bonae fidei emptorem ha-bent vix sunt Ulpiani.

L. 22 § 4 D. 13, 7 Ulpianus libro 30 ad edictum lautet:

Si creditor, cum venderet pignus, duplum promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus) an haberet regressum pigneratiae contrariae actionis? et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut pater familias diligens id gessit: si vero nullum emolumen-tum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanti vendere potuit, etiam si haec non promisit, regressum non habere.

Die Stelle handelte, als aus dem 30. Buche Ulpians entnommen, nicht vom *pignus*, sondern von der *fiducia*; man würde aber nicht genug leisten, wenn man sich darauf beschränken wollte, statt *pigneratiae* ein *fidu-ciae* zu setzen, und also zu lesen: *an haberet regressum fiduciae contrariae actionis*. Als Vermuthung möchte ich Folgendes aussprechen: Es handelte sich zwischen

dem Gläubiger und dem Schuldner um eine *fiducia*; die *fiducia* setzte eine *mancipatio* voraus, die *mancipatio* hatte im Fall der *Eviction* eine *actio auctoritatis* auf das Doppelte des Kaufpreises zur Folge. Nun geschah allerdings die *mancipatio fiduciae causa blos nummo uno*, so dass von einem Doppelten des Kaufpreises nicht wohl die Rede sein kann. Allein in vielen Fällen hat der Pfandgläubiger eben die Rechte, welche ein Käufer uneingeschränkt haben würde, bis zur Höhe der Pfandschuld, und es scheint mir nicht unmöglich, dass von einem solchen Rückgriff mittelst einer alterthümlichen, aus der *mancipatio* entspringenden Klage hier die Rede war, statt der ganz unmöglichen Wendung: *regressum fiduciae contrariae actionis*. Was hinter *et potest dici* steht, passt formell nicht genau auf die Frage, und ist sprachlich schlecht und sachlich durchaus unrichtig; der Pfandgläubiger darf ohne Rücksprache mit dem Eigentümer kaum von selbst das Doppelte versprechen, auch wenn sich ihm eine günstige Gelegenheit zum Verkauf bietet; die Entscheidung darüber, ob mit dem Risico des *duplum* theuerer oder ohne dasselbe billiger verkauft werden soll, gebührt doch wohl demjenigen, den schliesslich der Schaden trifft.

Hiernach ist denkbar, dass die Compilatoren in L. 22 § 4 eine Ausführung über eine alterthümliche, der *actio auctoritatis* entsprechende Klage aus der *mancipatio* unterdrückt, und an deren Stelle eigene Be trachtungen gesetzt haben, wiewohl die *actio auctoritatis* im Allgemeinen auf das *duplum* des Kaufpreises ging.

Das Wort *regressus* finden wir weiter im 21. Buche der Pandecten, wo von *Eviction* die Rede ist, durchaus

nicht etwa regelmässig, aber doch an mehreren Stellen. Nun ist durch Lenel nachgewiesen, dass in jenen Titeln mehrfach die *actio auctoritatis* zu Gunsten der Evictionsstipulationen ausgemerzt ist. Die Stellen, in welchen *regressus* vorkommt, handeln von Slaven und Grundstücken, so dass ihre Beziehung auf die *actio auctoritatis* insofern keine Schwierigkeit macht.

L. 1 D. 21, 2. Ulpianus libro 28 ad Sabinum:

Sive tota res evincatur sive pars *habet regressum emptor in venditorem*, sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, *regressum habet pro quantitate evictae partis*: quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci *erit regressus*. quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? [*aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus*].

L. 34 pr. D. 21, 2. Pomponius libro 17 ad Sabinum:

Si mancipium ita emeris, ne prostituatur et, cum prostitutum fuisset, ut liberum esset: si contra legem venditionis faciente te ad libertatem pervenerit, tu videris quasi manumisisse et ideo *nullum adversus venditorem habebis regressum*.

Zu L. 1 ist zu bemerken: Die Römer hatten drei Formen des Evictionsregresses: *actio auctoritatis*, Klage aus der *duplae stipulatio*, *actio exempto*. So wahrscheinlich es ist, dass Justinian in seiner Anfangsstelle des Titels eine allgemeine Phrase für die Eviction brauchte, so unwahrscheinlich ist es, dass Ulpian libro 28 ad Sabinum, statt diejenige Regressform zu nennen, von der er sprach, eine solche allgemeine Redensart brachte. Denn Justinian kennt die *actio auctoritatis*

nicht mehr, die beiden anderen Formen sind ihm nicht mehr getrennt; Ulpian spricht vom Regress nicht im Allgemeinen, sondern bei Gelegenheit der Kaufklage, oder der *actio auctoritatis*, oder der Klage aus der *stipulatio*, seine Darstellung führt ihn nicht zu systematischen Verallgemeinerungen. —

Der letzte Satz der L. 34 pr. ist offenbar sehr unschön.

L. 23 eod. Ulpianus libro 29 ad Sabinum ist nur in Verbindung mit L. 22 § 1 zu verstehen: dort war folgender Fall besprochen: eine Frau hat in Betreff der Eviction eines gekauften *fundus* sich (*secundum mancipium*) caviren lassen und den *fundus in dotem* gegeben; *durante matrimonio* wird der *fundus* dem Mann evincirt. Dann kann die Frau sofort gegen die *sponsores* klagen, weil ihre *dos* vermindert ist. In L. 23 geht Ulpian zu dem Fall über, wo die Eviction stattfindet, nachdem die Frau gestorben ist; in seinem Fall handelt es sich aber nicht um eine *satisfatio secundum mancipium*, sondern um eine *stipulatio duplae*; daher werden hier nicht *sponsores*, sondern es wird der Verkäufer verklagt: *Sed et si post mortem mulieris evincatur, regressus erit ad duplae stipulationem, quia ex promissione maritus adversus heredes mulieris agere potest, et ipse ex stipulatu agere possunt.* Wie um diese Divergenz mit Gewalt wegzubringen, haben die Compilatoren in die Ausführung Ulpians das völlig Unmögliche: *regressus erit ad duplae stipulationes* eingefügt; im Vorhergehenden hatte man ja nicht zur *duplae stipulatio*, sondern zu den *sponsores* seine Zuflucht (*regressus*) genommen! Ueberdies wird durch dieses Einschiebel dem

ganzen Ulpianischen Satze alle Kraft genommen; lässt man es weg, so ist *et ipsi — possunt* Nachsatz zu *quia — potest*, was lateinisch und logisch richtig ist. Behält man es bei, so wird alles Folgende coordinirt und ein inconcinner Wortschwall.

L. 14 § 9 D. 21, 1. Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulum:

Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit; remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus, nisi sciens venditor morbum consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.

Hier handelt es sich um die ädilicischen Klagen; dieselben sind natürlich ausgeschlossen, wenn eine bestimmte Krankheit namentlich ausgenommen war; Welch eine seltsame Begründung ist aber: *remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus*; schon dass der Käufer seine Klage remittirt haben soll, ist merkwürdig; die Sache ging ja vom Verkäufer aus; der Käufer hat weiter nichts gethan, als trotz der Erklärung des Verkäufers gekauft.

Von einem Regress ist doch wohl nur dann die Rede, wenn Jemand sich für den Rechtsnachtheil, den er selbst erlitten hat, bei seinem Vormann erholt, hier aber ist ein Rechtsnachtheil offenbar nicht in Frage; ferner: *non est regressus dandus!*

Der Schluss des Paragraphen ist ebenfalls nicht unverdächtig, weil der Verkäufer, der ausdrücklich erklärt, für eine Krankheit nicht haften zu wollen, gewiss auch dann, wenn er diese Krankheit gekannt hat, nicht

dolos handelte und darum auch nicht haftet; tribonialisch ist auch der Infinitiv im Schlusssatz.

Auch die Mandatsklage wird in zwei Stellen als *regressus* bezeichnet; diese sind von vornherein äusserst verdächtig, weil ihnen hundert Andere gegenüber stehen, in welchen im gleichen Fall eben einfach von *actio mandati* die Rede ist. Von diesen Stellen ist die eine L. 59 § 4 D. 17, 1. Paulus libro 4 responsorum:

Creditor pignus vendidit: quaero, an, si evicta sit possessio emptori, regressum creditor ad mandatorem habere possit et an intersit, creditoris jure vendiderit an communi jure promiserit. Paulus respondit, si creditor ex pretio pignorum debitum consecutus non sit, mandatorem liberum non videri. ex hoc responso apparet, si evictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem.

In den übrigen Fällen der L. 59, mit einziger Ausnahme von § 5, sind nur die *responsa*, nicht die Fragen aufgeführt. Die Antwort in § 4 passt merkwürdig wenig zur Fragestellung, und dass aus einem *responsum* von Paulus er selber Schlüsse zieht, ist nicht glaublich¹⁾; daher ist auch hier die Einmengung der Compilatoren nicht zu erkennen; indess würde diese Stelle, allein betrachtet, nicht auf die Vermuthung bringen, dass *regressus* interpolirt sei.

Die zweite Stelle ist L. 9 § 3 D. 14, 6. Ulpianus libro 29 ad edictum:

Non solum filio familias et patri ejus succurritur, verum fidejussori quoque et mandatori ejus, qui et ipsi man-

¹⁾ Die Hand eines *studiosus* vermutet hier und in L. 21 § 2 D. 50, 1 Cujacius Opp. VI 530 A.

dati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit. sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.

Allein es hat ausser den Genannten Niemand einen Regress gegen den Haussohn, daher ist es ungerechtfertigt, von *qui et ipsi mandati habent regressum* zu reden. Ferner, ist *cum nullum regressum habeant* möglich statt *cum regressum non habeant*?

Es scheint ziemlich sicher, dass diese ungenügende Motivirung von den Compilatoren herrührt; besonders deutlich ergiebt sich das, wenn man unsere Stelle mit solchen vergleicht, in denen Ulpian selber vom Mandaturregress spricht, z. B. mit L. 13 pr. D. 4, 4.

Ueberhaupt ist der ganze Paragraph verdächtig, weil er von einem *succurrere* spricht; das *senatus consultum* will aber bekanntlich nicht dem Haussohn helfen, sondern den Gläubiger strafen, und die wenigen Stellen, die es anders nehmen (L. 7 pr. von *nocere* an, L. 7 § 3 von *sed si* an), sind eben nicht geeignet, unsere Stelle zu unterstützen.

Ausserdem kommt *regressus* noch einmal vor in L. 9 § 1 D. 14, 4. Ulpianus libro 29 ad edictum.

Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, *cum scit sibi regressum ad aliam non futurum*. plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.

Der cursiv gedruckte Satz mit dem unrichtigen *scit* kann ebenso gut wegbleiben; übrigens ist *regressus* hier

in seinem eigentlichen Sinne gebraucht, und ebenso in L. 6 § 4 D. 26, 1. Ulpianus 38 ad Sabinum:

Surdo impuberi poterit tutor dari. Ei cuius pater in hostium potestate et tutorem dari non posse palam est: sed si datus sit, an in pendenti sit datio, quaeri potest, et non puto dationem valere: sic enim *post patris regressum* reccidit in potestatem, atque si numquam pater ab hostibus captus fuisse, immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat.

Hier ist *regressus* nicht in der Bedeutung von Rückgriff; doch kann die cursiv gedruckte Phrase offenbar ohne Verschlechterung des Sinnes wegleiben. — Endlich in L. 25 § 1 D. 42, 8 kann der Satz *nec ullum regressum adversus mulierem habiturum* ohne Beschädigung der Construction wegfallen.

Zum Schluss sei nochmals hervorgehoben, dass die Interpolation bei *regressus* hier blos als Vermuthung und in Voraussetzung der Möglichkeit ausgesprochen wurde, dass von anderer Seite auf hier übersehene Gründe für diese Interpolation aufmerksam gemacht werden würde. —

IV. Häufig interpolirte Wendungen.

§ 12. 1. In casu.

»In diesem Fall«, »in dem Fall«, »in welchem Fall«, »in beiden Fällen« etc. das heisst im classischen Latein *hoc, eo, quo, utroque casu*. Doch kommt *in hoc casu* etc. allmählich auf, und beherrscht vollständig das schlechte Latein der späten Zeit. Bei dieser Sachlage ist natürlich nicht schlechtweg in Abrede zu stellen, dass die Pandectenjuristen auch *in casu* gebraucht haben; findet sich doch schon bei Gajus dreimal (I, 139; IV, 62; III, 179) *in hoc casu; casus, in quibus; in utroque casu*.¹⁾ Allein der regelmässige Sprachgebrauch der Juristen ist noch der blosse Ablativ ohne *in*, und wo wir *in casu* finden, ist damit ein gewisses Verdachtsmoment gegeben. Man kann aber noch weiter gehen.

Es giebt gewisse Excesse beim Gebrauch von *in casu*, welche bei den Pandectenjuristen schlechthin ausgeschlossen sind, so z. B. die Phrase: *in (his) casibus, in quibus*, welche gleichbedeutend ist mit *tum cum*. Im Folgenden sollen einige Stellen angeführt werden, welche als jene Phrase enthaltend, sicher interpolirt sind, und

¹⁾ Verderbt aus *causa*?

einige andere, mit dem nicht qualificirten *in casu*, welche es ebenfalls sind.

1. Zunächst kann Bezug genommen werden auf L. 10 pr. D. 2, 14:

divum Pium rescriptsse fiscum quoque *in his casibus in quibus hypothecas non habet.*

Das cursiv Gedruckte ist schon oben (S. 20) durch historische Erwägungen als interpolirt gekennzeichnet worden.

2. L. 30 § 1 D. 9, 2. Paulus libro 22 ad edictum: Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit aut quod item tempore amisit; quaeritur. sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius, consecuturus sit ab eo, *vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem; et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod item amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.*

Die Stelle beschäftigt sich mit der Beschädigung einer verpfändeten Sache, und ist eingehender Prüfung zuletzt von Hellwig¹⁾ unterzogen worden, der alle Fälle des Delictes an einer verpfändeten Sache im Zusammenhang erörtert hat.

Paulus geht davon aus, dass jedenfalls der de-

¹⁾ Verpfändung von Forderungen S. 48 ff.

bitor die *actio legis Aquiliae* habe; aber auch der *creditor* soll eine *actio utilis* haben, weil auch sein Interesse möglicherweise geschädigt ist. Es ist zu beachten, dass nicht das wirkliche Interesse des Gläubigers als *condicio*, sondern das mögliche Interesse des *creditor* als *causa* seiner *actio* genannt wird.

So stimmt Paulus wenigstens einigermaassen zu Julian, Pomponius, Papinian und Ulpian, welche nach L. 12 § 2 D. 47, 2 in solchen Fällen immer ein Interesse des Gläubigers annahmen.

Dann kommt ein Satz, der weder zum vorhergehenden noch zum folgenden passt (*sed — teneri*); zum vorhergehenden nicht, weil der *debitor* jetzt *dominus* genannt wird; zum folgenden nicht, weil im Satz *sed — teneri* eine Iniquität zu Ungunsten des Thäters constatirt wird, während im Folgenden lediglich davon die Rede ist, ob der *debitor* zu kurz kommt oder nicht. In diesem Satz ist daher nicht Alles in Ordnung; aus dem *nisi si quis putaverit* möchte ich folgern, dass vorher Paulus aus Rücksicht auf den *debitor* die Klage dem *creditor* zu verweigern geneigt war, dass er aber mit *nisi si quis* etc. sie demselben doch giebt, weil ja der *debitor* doch nicht zu kurz kommt. Jedenfalls ist bis zu den Worten *consecuturus sit ab eo* das Resultat dies, dass Gläubiger und Schuldner gegen den Thäter klagen können, dass aber der Gläubiger das Erhaltene sich auf die Schuld anrechnen muss; ganz überraschend ist daher die Erörterung, welche sich an *consecuturus sit ab eo* anschliesst, und welche die Worte des Paulus benutzt, um mit denselben eine Meinung auszudrücken, die derjenigen des Paulus entgegengesetzt, überdies aber

falsch ist. Derselbe, welcher geglaubt hat, der Schuldner werde keine Unbill erleiden, soll nun auf einmal sagen, dass der Schuldner von vornherein blos auf den Werthüberschuss der Sache über die Forderung klagen darf. So merkwürdig dieser Meinungswechsel ist, so bedauerlich ist er; denn es ist gewiss eine *exceptio de jure tertii*, wenn der Uebelthäter dem Eigenthümer entgegenhalten darf, dass dieser die Sache verpfändet habe; die Auseinandersetzung mit dem dinglich Berechtigten muss dem Eigenthümer vorbehalten werden, und nur den wirklichen Nutzen, welchen der Thäter dem Eigenthümer durch Befriedigung der Inhaber von *jura in re* verschafft hat, kann er ihm abziehen; natürlich ist dieser Nutzen bereits vom *simpulum*, nicht vom *duplicum* abzuziehen. Die Vorstellung, dass der Delinquent sich auf das Pfandrecht berufen könne, ist verkehrt. Noch schlimmer ist aber der Schluss von *et ideo* an. Denn er stellt das vorher Ausgeführte ganz auf den Kopf: vorher war dem *creditor* allgemein die Klage gegeben, mit der Motivirung, dass mitunter ein Interesse vorliegt; jetzt wird aus der *causa* eine *condicio* gemacht, und er bekommt die Klage nur in *his casibus in quibus* der *debitor* ein armer Mann ist, oder er, der *creditor*, durch Processverjährung um seine persönliche Klage gekommen ist; in solchen Fällen soll der Gläubiger *usque ad modum debiti* die Klage haben, der Schuldner aber für das *plus*. Stellen wir uns die Consequenzen vor, so müsste sich die Klage des Schuldners folgendermaassen gestalten: der Schuldner beweist sein Eigenthum, darauf beweist der Thäter: 1. die Verpfändung, 2. alternativ entweder die Insolvenz des Schuldners,

oder die Processverjährung. Gelingt ihm dieser Beweis, so haftet er nur auf den Restbetrag. Gelingt der Beweis sub 1 nicht, oder gelingen beide Beweise sub 2 nicht, so wird er auf's Ganze verurtheilt.

Und doch ist bekanntlich die römische Aushülfe, wenn zwei Personen dasselbe nach einander fordern können, aber nur einmal bekommen sollen, eine ganz andere:

Wer zuerst einzieht, muss Caution stellen: *adversus Titium defensum iri*, wie dies im Ehorecht und bei den Processstipulationen recht häufig ist.

Also die Ausführung am Schluss ist unrömisches im Allgemeinen, sie steht im Widerspruch mit dem Anfang der Stelle und enthält unlateinische Ausdrücke. Insbesondere möchte ich hier noch die Wendungen zusammenstellen, welche von Tribonian aus dem vorhergehenden Paulinischen Texte entnommen sind:

Paulus	Tribonian
Quod sit amplius.	Quod amplius sit quam in debito.

Quod debitor solvendo non Propter inopiam debitoris vel
sit aut quod litem tempore quod litem amisit
amisit.

Cum prosit ei ad debiti quantitatem. Ut prosit hoc debitori.

3. L. 11 § 3, 4 D. 27, 6. Ulpianus libro 35 ad edictum:

Julianus libro vicesimo primo digestorum tractat, in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit. et magis probat patri cognoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit; affectu enim propensiore

magis quam dolo malo id videri fecisse. quod si intra duodecim annos haec decesserit, cum haberet dotem, putat Julianus, *si dolo malo conversatus sit is ad quem dos pertinet, posse maritum doli mali exceptione condicentem summovere in casibus, in quibus dotem vel in totum vel in partem, si constabat matrimonium, fuerat lucraturus.*

Der erste Satz, welcher cursiv gedruckt ist, ist aus den Worten *doli mali exceptione* gezogen. Der Schlussatz mit *in casibus, in quibus* ist offenbar erst aus c. un. § 6 C. 5, 13 zu erklären. Vor derselben blieb bekanntlich die *dos adventicia* immer und ganz bei dem Manne, wenn die Ehe durch Tod der Frau aufgelöst wurde, die *protecticia* fiel *deductis quintis singulorum liberorum nomine* (frag. Vat. § 108) an den Vater zurück.

4. L. 58 D. 18, 1 Papinianus libro 10 quaestionum lautet:

Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contrac tam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore: *sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec obtinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt.*

Es kann hier hingestellt bleiben, ob, was mir unzweifelhaft ist, die vorangehende L. 57 h. t. interpolirt ist oder nicht. Papinian konnte sich im 10. Buche seiner Quästionen so wenig auf Paulus 5. Buch ad Plautium in dieser Weise beziehen, wie auf L. 57 D. 18, 1. Dass der cursiv gedruckte Satz redactionelles Versehen der Compilatoren ist, scheint mir darnach unbestreitbar, auch ohne dass man nöthig hätte, sich auf

sive — sive — vel — vel, in superioribus casibus oder pro aedibus dicta sunt zu berufen.

5. Ganz ebenso steht es mit L. 9 D. 5, 2, wo der Schlussatz: *scilicet XX aureis et in hoc casu a singulis praestandis* mit Rücksicht auf den interpolirten § 17 der L. 8 eod. angefügt ist.

6. Aehnlich ist L. 11 § 7 D. 43, 24: *quod et in hoc casu admittendum est.*

7. Schon erwähnt wurde L. 23 § 5 D. 6, 1: *in his omnibus casibus in quibus.*

8. L. 17 D. 5, 3 Gajus libro 6 ad edictum provinciale:

Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat, *licet* damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospicerit stipulatione ,evicta hereditate legata reddi¹⁾ *quia fieri potest, ut eo tempore solverit legata, quo adhuc nulla controversia mota sit, et ob id nullam interposuerit cautionem, placet in eo casu evicta hereditate dandam ei esse repetitionem. sed cum cessante cautione repetitio datur, periculum est, ne propter inopiam ejus, cui solutum est legatum, nihil repeti possit, et ideo secundum senatus consulti sententiam subveniendum ei est, ut ipse quidem ex retentione rerum hereditiarum sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat.*

Gajus hatte, meiner Ansicht nach, blos geschrieben, *quod si — solvit, damnum. videtur — reddi.*

¹⁾ *attamen* kommt bei Gajus bis II 110 (soweit ist der Index zum Gajus zur Zeit der Drucklegung dieses Bogens fortgeschritten) nicht vor.

Dies ist die Entscheidung, wie sie sich aus dem Recht der Stipulation *evicta hereditate legata reddi* ergiebt.

Wenn man so liest, wie die Pandecten es geben, so ist der ganze Streitpunkt verschoben. — Der *possessor* trägt den Schaden, dass er nicht die Bürgen hat (*stip. praet. personas desiderant pro se intervenientium*), das ist das *damnum*, das ihn nach Gajus trifft. Die *condictio* gegen den Pseudolegatar, welche die Compilatoren ihm als Gnadengeschenk geben, steht ihm selbstverständlich immer zu; diese zu verweigern, konnte keinem Römer in den Sinn kommen; sie steht durchaus auf einer Linie mit der in L. 3, 4 D. 12, 6 gegebenen, bei welch letzterer nur das eigenthümlich (aber durchaus nicht *novum*), *ut quod alius solvat alius repetat*. Im darauf Folgenden ist gar keine Schlüssigkeit; denn die Entscheidung des Satzes mit *attamen* wird durch die des Satzes mit *sed* wieder corrigirt. Ferner: *fieri potest ut solverit* ist incorrect; es hätte heissen müssen: *potest factum esse ut solvat*; *adhuc nulla* statt *nondum (ulla)* ist sehr schlecht. Der Sinn des Satzes mit *attamen* ist höchst barock; denn der Fall, der offenbar der ohne Vergleich häufigste ist (nämlich dass die Caution unterlassen und das Legat doch gezahlt wurde, weil noch kein Streit erhoben war), wird als ein blos möglicher (*fieri potest*) hingestellt. Im letzten Satz ist sehr auffällig die Wendung: *nihil repeti possit*; *repeti potest* bzw. *non potest* drückt die rechtliche Möglichkeit der Rückforderung aus, nicht die factische Realisirbarkeit derselben; auch *legatum solvere* dürfte statt *legatorum nomine solvere* (wie im Anfang unserer Lex,

vgl. auch Gajus II 283) erst von Papinian ab nachweisbar sein. (Vgl. L. 50 § 2, L. 52 § 1 D. 5, 1; L. 36 § 2 D. 29, 1; L. 13 § 1 D. 46, 8.) Auch ist die Antithese am Schluss, wie schon oben (S. 36) bemerkt, un-elegant. Inhaltlich stehen der Aechtheit des letzten Satzes noch folgende Bedenken entgegen:

Der gutgläubige Besitzer rechnet bekanntlich an, was er an Legaten aus der Erbschaft entrichtet hat (L. 31 pr. D. 5, 3); dagegen rechnet er nicht an, was er *indebite* gezahlt hat; denn dies hat mit der Erbschaft nichts zu thun. Ganz ebenso ist es aber hier: er hat etwas geleistet, was aus seinem Vermögen kam, und den Betrag der Erbschaft hat diese Leistung einerseits nicht vermindert, denn die Leistung ist eben *de suo* geschehen, andererseits aber auch nicht vermehrt, denn es ist dadurch keine Erbschaftsschuld getilgt worden. Daher hat diese Handlung auf das Verhältniss zwischen *petitor* und *possessor* keinen Einfluss. Wollte man dies aber auch nicht zugeben und im Gegentheil dem *possessor* ein Abzugsrecht geben, so ist doch hierfür der Schlussatz der L. 17 ein ganz unclassischer Ausdruck: »Der *possessor* soll sich aus der Zurückbehaltung der Erbschaftssachen befriedigen, cediren aber soll er dem *petitor* seine Klagen, damit dieser sie ausübe.« Das wäre doch nur der alleräusserste Fall, dass der Beklagte wirklich die Erbschaftssachen zurückbehält; im classischen Recht heisst es in solchen Fällen *per doli exceptionem consequetur* oder ähnlich. Vergl. L. 61 pr. D. 19, 2.

Nach all diesem glaube ich, dass Gajus gemeint hat: der Schade bleibt beim Besitzer, d. h. der Besitzer

hat kein durch Sicherstellung verstärktes Rückforderungsrecht gegenüber dem Empfänger des Legats, sondern er hat lediglich die einfache *condictio indebiti* (an deren Vorhandensein übrigens kein Zweifel sein konnte, vgl. L. 3 ff. D. 12, 6). Die Compilatoren erbarmten sich des *possessor*, auf Kosten des *petitor*, — wie ähnliches ja bei ihnen sehr häufig ist; sie glaubten aber, dass Gaius mit den Worten: *damnum est possessoris* ihm auch die *repetitio* abschneiden wolle, und restituirten ihm daher zunächst diese Klage, — jedoch merkwürdiger Weise nur für den Fall, dass er vor erhobenem Streit gezahlt habe, wodurch er denn für den anderen Fall ganz hülfflos dazustehen scheint.

Ueber andere Stellen Beilage III.

§ 13. 2. *Licentiam habere u. Aehnl.*

Licentia wird im guten Latein meistens *in malam partem* angewendet, bedeutet aber auch die Ungebundenheit im Allgemeinen. Darum ist es in solchen Stellen, wie *licentia qua* [Mommsen: *quia*] *videtur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiciuntur* (L. 37 D. 3, 5 Tryphoninus) unbedenklich, und wird auch in L. 5 § 6 D. 7, 6 (Ulp. ad ed.): *quid ergo officium judicis erit quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus, ne inquietetur* nur dadurch einigermaassen auffällig, dass sich in L. 13 § 1 D. 7, 1 (Ulp. ad Sab.) das Original zu dieser Stelle so findet: *sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. haec autem ad omnem usum factum pertinere Julianus libro 38 digestorum probat.* —

Ein Anderes ist es aber in denjenigen Stellen, wo *licentiam dare, esse, habere, anstatt permittere, licere* etc. steht. Diese Art Weitläufigkeit ist in den Pandecten sehr verdächtig: denn einmal ist *licentiam habere, esse* etc. ein Lieblingsausdruck von Justinian (statt aller Stellen verweise ich nur auf c. ult. C. 6, 61, wo es 15 mal vorkommt, vgl. insbesondere § 5:

sed pater quidem in praedictis tantummodo causis habeat licentiam recte res filiorum familias vendere filii nomine vel, si emptorem non invenerit, supponere, nullo modo licentia concedenda filiis easdem venditiones vel hypothecas retractare: non item licentia parentibus danda . . . alienare),

und sodann befinden sich unter den Stellen in den Pandecten, die *licentiam esse* etc. haben, einige, die ohne jeden Zweifel Werke Tribonians sind. Justinian gebraucht *licentiam dare* etc. stets mit dem Infinitiv, nie mit dem Gerundium, und so ist es in den Pandecten auch in folgenden Stellen:

1. L. 6 D. 24, 2, angeblich von Julian; zweimal *licentiam habere*, s. S. 10.
2. L. 22 § 7 D. 24, 3, angeblich von Ulpian; *licentia erit, § 8 licentiam habere*, s. S. 11, 12.
3. L. 7 § 12 D. 10, 3, angeblich von Ulpian: *licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere*. Die Stelle handelte von der *fiducia* und ist von den Compilatoren bis zur Unkenntlichkeit entstellt.
4. L. 13 § 1 D. 24, 1, angeblich von Ulpian: *non adimatur licentia marito eam revocare*; der Paragraph ist in der Decision Compilatorenwerk, vgl. Mommsen ad h. l.

5. L. 25 § 3 D. 22, 3, angeblich von Paulus: *licentia concedenda est ei . . . ferre.* s. S. 14.

6. L. 32 § 2 D. 36, 1, angeblich von Marcian: *licentia dabitur implere,* s. S. 50.

Durch diese Stellen, bei denen jede Erläuterung überflüssig ist, werden nun auch die anderen drei Ulpianstellen, die *lic. hab. c. inf.* haben, noch mehr verdächtig gemacht. Es sind:

7. L. 14 § 4 D. 4, 2:

Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutio-
nem secundum quod diximus rei facere, . . .

Diese Stelle ist die einzige, die *arbitraria actio* eine andere Klage nennt, als die *condictio de eo quod certo loco* (vgl. Lenel, Ed. perp. S. 195 Anm. 1); nimmt man hinzu, dass Justinian mit *actio arbitraria* einen anderen Begriff verbindet, als die Classiker es thun, so braucht man nicht das: *restitutionem rei facere*, um die Stelle für interpolirt zu halten.

8. L. 1 § 3 D. 26, 7. Schon im § 2 (der *licentia erit, utrum malint ipsi suspicere an pupillum exhibere* hat) macht sich eine widerwärtige Breite geltend. § 3 aber kann kaum von Ulpian sein:

in causis autem adulorum licentia erit agentibus vel ipsum adultum praesentem in judicium vocare, ut consensu curatoris conveniatur, vel contra curatorem agere, ut ipse litem suscipiat, in absentibus autem adultis omni modo contra curatorem agendum. § 4. Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus etiam debitores pupillorum vel adulorum ex persona sua prospectu officii in judicium vocare vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum.

Im § 2 hatten die Tutoren die Wahl, die ihnen freilich nachher durch *ita tamen, ut . . .* genommen wurde. Im § 3 haben die Gegner der Curatoren die Wahl. *In judicium vocare* ist natürlich unächt; *in absentibus agendum* ist höchst verdächtig, und § 4 mit dem absoluten Infinitiv, dem *non neque neque* und dem *prospectus officii* macht das Maass voll.

Ueberdies mussten noch zu Gajus Zeit die *tutores* allerdings in der Regel caviren (G. IV, 99, 101), und nur dass die *cautio de rato* (also die auf der activen Seite) ihnen zu Ulpian's Zeit nicht auferlegt wurde, lehrt L. 23 D. 26, 7. Das ganze Rechtsverhältniss der Vormünder hatte sich bis zu Justinian ebenso wesentlich geändert, wie dasjenige der Satisfaktionen im Allgemeinen (c. ult. C. 2, 58). Also, dass hier Tribonian seine Hand im Spiele hat, ist ausser Zweifel.

9. Ebenso steht es mit L. 1 pr. D. 40, 12 (Pomponius):

Si quando is, qui in possessione servitutis constitutus est, litigare de condicione sua non patitur, quod forte sibi suoque generi vellet aliquam injuriam inferre, in hoc casu aequum est quibusdam personis dari licentiam pro eo litigare: ut puto parenti qui dicat filium in sua potestate esse: nam etiamsi nolit filius, pro eo litigabit.

In possessione libertatis esse ist gebräuchlich; *in possessione servitutis* wäre auch ohne *constitutus* (*καθεστη-*
νως) unpassend (L. 3 § 1 D. 3, 3 und L. 3 § 10 D. 41, 2 dürfen, was die Ausdrücke anlangt, auch interpolirt sein; die Namen für die Freiheitsprocesse sind zu Justinians Zeit nicht mehr die classischen). *Pati = velle, non pati = nolle* kommt noch einmal interpolirt

(L. 61 in f. D. 23, 3), sonst aber wohl nur bei Justinian (§ ult. J. 4, 8) vor. *In hoc casu* erhöht den Verdacht. Ueberdies war im classischen Recht die Erlaubniss für den Vater nicht an die Renitenz des Sohnes geknüpft: *etiamsi nolit filius, pro eo litigabit.*

L. 1 pr. (soweit sie cursiv gedruckt) ist wohl sicher eine Compilatoreneinleitung zum Titel; nicht Ulpian's Bemerkung zur *assertio in libertatem*.

Bedenkt man ferner, dass Justinian in c. 1 C. 7, 17 durch Aufhebung des Instituts der *assertores* die classische Form des Freiheitsprocesses völlig umgestossen hat, so werden die Ausdrücke der Pandecten für »die Freiheit einklagen« verdächtig, namentlich *in libertatem proclamare*, wie es L. 3 § 5 D. 40, 12 hat. Dasselbst ist wohl nicht zu lesen: *Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinebit, si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet qui servum suum dicit*, sondern *si quis ex servitute in libertatem petatur, assertor p. p. sustinebit; si vero . . .*

Dadurch wird auch L. 3 D. 40, 13 verdächtig, die *ad libertatem proclamandi licentiam denegari*, und *dubitari non potest, quin . . . ad libertatem proclamandi licentia fuerit deneganda* hat, und überhaupt nicht recht logisch geordnet ist; doch steht da das Gerundium, und so ist auf der anderen Seite auch Justinians Sprachgebrauch verlassen und eine sichere Vermuthung nicht zu wagen.

Aehnlich ist es mit L. 12 § 1 D. 23, 1.

L. 11 (Julianus):

Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt:

et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet:

(L. 12 pr. Ulpianus):

Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. (§ 1.) *Tunc autem solum dissentendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.*

§ 1 geht natürlich von einem ganz anderen Gesichtspunkt aus als das Vorhergehende: nicht weil *consensus* nöthig ist, ist ohne *consensus* der Tochter ein Verlöbniss logisch unmöglich, sondern aus Billigkeitsgründen erlaubt man der Tochter, in gewissen Fällen zu widersprechen. — Wie dies zusammenhängt, bleibt dunkel. —

L. 1 § 3 D. 1, 12 (Ulp.) sagt vom *praefectus urbi*: *Relegandi deportandive in insulam, quam imperator adsignaverit, licentiam habet.*

Auch hier ist das nicht Justinianische Gerundium, und daher wenig Veranlassung zur Annahme einer Interpolation. Vgl. L. 3 D. 5, 1. L. 1 pr. D. 1, 11.

Ausserdem kommt *licentiam habere c. Inf.* noch einmal bei dem Griechen Callistratus vor in L. 45 § 1 D. 4, 4 und einmal bei Arc. Char. (L. 1 § 2 D. 22, 5): *haec licentia ad sufficientem numerum tertium coartatur.* Diese beiden Autoren können es ebenso gut wie Justinian selber geschrieben haben.

V. Zur Terminologie von *Actio* und *Judicium*.

§ 14. Allgemeines.

Dass *actio* und *judicium* in der classischen Zeit nicht identisch sind, dürfte auch ohne die bekannte Definition von Celsus unzweifelhaft sein:

Im prätorischen Edict ist *actionem dabo* etwas ganz anderes, als *judicium dabo*. *Actionem dabo* bz. *non dabo* heisst: ich werde in einem bestimmten Fall eine der bestehenden Klagen (oder alle diese Klagen) geben bz. nicht geben; so beim Eid: L. 7 D. 12, 2, bei der Verkürzung der Gläubiger L. 1 pr. D. 42, 8. *Judicium dabo* heisst: ich werde eine neue Klage geben¹⁾.

Aber vielfach kann dasselbe durch Ausdrücke mit *judicium* und durch solche mit *actio* bezeichnet werden. *Mandati actionem exercere* gleich *mandati judicio experiri*: beides bedeutet die Anstellung der Klage und die Durchführung derselben mindestens bis zum Beginn des *judicium*. So kommt es, dass *actio* und *judicium* bei den Classikern an vielen Stellen synonym gebraucht werden,

¹⁾ Vgl. Zschr. f. Rg. N. F. Miscelle II.

und dieser Gebrauch wiederum scheint es herbeigeführt zu haben, dass Justinian zwischen beiden Begriffen auf dem Gebiete des Privatrechts keinen Unterschied mehr macht¹⁾). Dass dabei *actio* es ist, wodurch *judicium* verdrängt wird, und nicht umgekehrt, kann nicht befremden. Denn *judicium* in seiner eigentlichen Bedeutung im classischen Privatrechte existirte zu Justinians Zeit nicht mehr. Man kann sogar sagen, dass das Wort, wenn es überhaupt im Justinianischen Prozess als Bezeichnung weiter figuriren sollte, quantitativ in der That von *actio* nicht mehr verschieden war: denn im classischen Proces^s bedeutete *actio* (unter Anderem) das ganze Verfahren, also das Verfahren *in jure* und das Verfahren *in judicio*: *actio = jus + judicium*. Die Trennung dieser beiden war zu Justinians Zeit wegfallen. Daher galt die Gleichung nicht mehr. Aber es empfahl sich, nicht beide alten Ausdrücke ganz wegzzuwerfen, weil sie in der Sprache der Classiker gar zu häufig waren. Dies wurde in der Weise vermittelt, dass der eine der beiden classischen Theilausdrücke mit dem Ausdruck für das Ganze identificirt wurde: nun konnte er ohne Schaden stehen bleiben; ab und zu wurde er freilich durch den immerhin beliebteren Ausdruck *actio* ersetzt. War aber *actio* wesentlich = *judicium* geworden, so musste *jus* ganz fortgeschafft werden: daher die bekannten unsinnigen Veränderungen von *in jure sisti* zu *in judicio sisti*, von *in jus vocare* zu *in judicium vocare*. *Judicium*, früher ein Theil des

¹⁾ Für das öffentliche Recht vgl. pr. J. 4, 18: *publica judicia . . . neque per actiones ordinantur.*

Verfahrens, welches *actio* heisst und der Ort, wo sich ein Theil dieses Verfahrens abspielt, ist jetzt das ganze Verfahren und der Ort, wo sich das ganze Verfahren abspielt, geworden. Es gewinnt *judicium* daher auf Kosten von *jus* an Inhalt und wird = *actio*; andererseits verliert es zu Gunsten von *actio* an Boden, indem von den beiden neuen Synonyma (*actio* und *judicium*) das erstere das beliebtere ist, und daher das zweite auch von manchen solchen Stellen verdrängt, wo dieses früher gestanden hatte.

So kommt es, dass, während auf der einen Seite bei Justinian Phrasen wie *in judicio sisti* stehen, welche ein Classiker auch nicht einmal hätte verstehen können, auf der anderen Seite bei ihm Verbindungen mit *actio* vorkommen, bei denen der Classiker *judicium* gefordert haben würde.

§ 15. *Bonae fidei judicia.*

Bei den Neueren ist viel von *actiones bonae fidei* die Rede; ebenso von ihrem Gegensatz, den *actiones stricti juris*. Nun sagt aber, wie mir scheint, unwiderleglich, Windscheid (Pandecten Bd. I S. 115 Anm.):
»Dieser letztere Ausdruck lässt sich aber als ein Ausdruck der classischen Zeit nicht nachweisen (er kommt nur in § 28 I. de act. 4, 6 und der Sache nach in l. un. § 2 C. de rei ux. act. 5, 13 vor, in der ersten Stelle überdies mit der Variante „*stricti judicii*“ s. die Ausgabe von Schrader), und ist insofern nicht zu empfehlen, als er zu einer unrichtigen Auffassung der Natur des Gegensatzes zu verleiten geeignet ist: Diese Auffassung, welche namentlich von Savigny vertreten wird, geht da-

»hin, dass es sich hier um den Gegensatz von strengem und billigem Rechte handele. Das ist aber keineswegs der Fall; die Rechtsregel, nach welcher die *actiones bonae fidei* und die s. g. *actiones stricti juris* beurtheilt werden, ist gleich streng und gleich billig, sie ist nur mehr oder weniger offen; bei dem, was man *actio stricti juris* nennt, ist *strictum* nicht das *jus*, sondern das *judicium* (der Ausdruck *actio stricti judicii* steht in l. 5 § 4 D. de in lit. jur. 12, 3 l, *strictum judicium* in § 30 I. de act. 4. 6, und nach einer leichten Aenderung der sinnlosen florentinischen Lesart in l. 3 § 2 D. comm. 13, 6).«

Im Anschluss an diese Ausführung seien 2 Bemerkungen gestattet:

1. So wenig wie der Ausdruck *stricti juris actio* ist den Römern der Ausdruck *bonae fidei actio* bekannt.
2. So gewiss es ungereimt ist, den Gegensatz zwischen *strictum* und *aequum jus* mit dem zwischen *strictum* und *bonae fidei judicium* zu identificiren, so gewiss ist diese Identification durch Justinian geschehen.

Der Beweis ad 1 ist nur negativ zu führen. Den zahlreichen Stellen, wo bei den Römern von *bonae fidei judicia* die Rede ist¹⁾, steht nur eine einzige gegenüber, welche etwas wie *actio bonae fidei* enthält: Diese ist L. 1 § 23 D. 16, 1: Ulpianus libro 30 ad edictum:

Hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet.
Und sollte diese Stelle wirklich von Ulpian sein? sollte er wirklich mitten in dem Commentar zu der *formula depositi* bemerkt haben, dass die Klage *bonae fidei* sei,

¹⁾ Erwähnung verdient nur die auf Seite 107 abgedruckte L. 5 pr. D. 12, 3.

und sollte er dafür die geschmacklose Form gewählt haben, wie sie § 23 uns gibt? Bleibt man dabei stehen, dass *judicia bonae fidei* diejenigen sind, in welchen: *ad-dicitur ex fide bona*, so ergibt sich keine Möglichkeit, wie Ulpian darauf hätte kommen können, hier diese Aeusserung zu thun. Die *formula in jus concepta* war ja sicher *bonae fidei*; die *formula in factum concepta* ebenso sicher nicht; ja eine *formula in factum concepta* konnte auch nicht einmal möglicherweise ein *bonae fidei judicium* begründen. Das *ex fide bona* setzt ein *dare (facere) oportet* voraus und kann so wenig bei persönlichen *formulae in factum*, wie überhaupt bei *formulae in rem conceptae* vorkommen. Bezug sich Ulpians Ausführung wirklich auf die *formula in factum concepta*, so ist § 23 gewiss Tribonians Begründung für die *omnis causa* des § 24. Diese Begründung ist aber überflüssig; denn auch *in rei vindicationem venit omnis causa* und die ist doch gewiss kein *bonae fidei judicium*. Arg. L. 5 pr. D. 12, 3: Marcianus libro 4 regularum:

In actionibus *in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei judiciis* in item juratur.

Ein besonderer Beweis dafür, dass die Römer *bonae fidei judicia* sagen, dass aber Justinian dies wohl einmal in *bonae fidei actiones* umändert, liegt in § 28 J. 4, 6, verglichen mit Gajus IV 62: hier hat Gajus: *bonae fidei iudicia sunt haec*: Die Institutionen sagen: *bonae fidei sunt hae (scil. actiones)*.

Bei dieser Gelegenheit erlaube ich mir einen Zweifel daran zu äussern, ob es richtig ist, den Catalog der *bonae fidei judicia* bei Gajus nach dem Catalog der *bonae fidei actiones* bei Justinian zu ergänzen. Für die

Theilungsklagen muss es ganz dahingestellt bleiben, ob sie schon zu Gajus' Zeit *bonae fidei judicia* waren, oder es erst später wurden¹⁾. Die *actio praescriptis verbis* muss schon um desswillen wegfallen, weil sie ja bei Gajus ein *judicium praescriptis verbis* wäre, was nicht angeht. Die *hereditatis petitio* muss aus demselben Grunde ausfallen; auch sie ist kein *judicium*.

Zu 2 ist vor Allem anzuführen c. un. § 2 C. 5, 13:
Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem *stricto jure* esse vallatam et *non ex bona fide descendere*, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi inventit, accommodetur ei a natura rei uxoriae etiam *bonae fidei beneficium*.

Hier ist als Gegensatz von *strictum jus* das *ex bona fide descendere* aufgestellt; gemeint ist, dass bei der *actio ex stipulatu* das *judicium* ein *strictum* ist, während die *actio rei uxoriae* zu den *bonae fidei judicia* gehört.

Dies ist doppelt unrichtig: einmal kann eine Klage ein *strictum judicium* haben und doch selber *ex bono et aequo introducta* sein, d. h., dem *jus aequum* angehören: Beweis: Die *condictio indebiti* (Papinianus L. 66 D. 12, 6); zweitens entstehen die Klagen, welche *bonae fidei judicia* haben, nicht aus der *bona fides* (der Vertragsredlichkeit), sondern sie werden vom Prätor gegeben und gehen auf das, was *ex fide bona* geschuldet wird. *Ex fide bona* kann nicht eine Klage entstehen, sondern nur höchstens ein *contractus* (vergl. Paulus sent. II 17,

¹⁾ L. 24 pr. D. 10, 3 liefert keinen zweifelsfreien Beweis, weil die Begründung, welche blos eine Wiederholung, und zwar eine beinahe wörtliche Wiederholung der Entscheidung selber ist, nicht mit Sicherheit dem Julian zugeschrieben werden kann.

13). Bloß Justinian lässt aus der Vertragsredlichkeit Klagen sich herleiten: so hier, so in L. 57 § ult. D. 18, 1:

judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente;

so in L. 2 § 2 in f. D. 43, 26 (angeblich Ulpian):

cum quid precacio rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

(Darüber vgl. Dernburg, Pandecten Bd. II S. 238 Anm. 11), womit zu vergleichen L. 1 pr. in f. D. 19, 3 (angeblich Ulpian):

.... dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotiorum civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus.

Die letzte Stelle möchte uns sogar Glauben machen, dass bei den *negotia civilia*, die nicht zu *bonae fidei judicia* führen, kein *gestum bona fide* vorliege. Jedenfalls zeigen alle vier Stellen, dass die Vermengung der *bonae fidei judicia* mit dem *jus aequum* bei Justinian ebenso geläufig ist, wie die der *stricta judicia* mit dem *jus strictum*. Daraus erklärt sich denn, dass ihm die Klagen, welche nicht *bonae fidei actiones* heißen können, *stricti juris actiones* sind.

Welches ist aber der römische Gegensatz von *bonae fidei judicia*?

Die *bonae fidei judicia* bilden eine Unterart der persönlichen Klagen, und zwar derjenigen Species persönlicher Klagen, welche *in jus concepta* ist. *Bonae fidei judicia* sind daher nur wenige Klagen, welchen die ganze übrige Masse gegenüber steht. Daher ist es ganz natür-

lich, dass für jene ausgezeichnete Minderheit ein technischer Name sich entwickelte, während ein Sammelname für die übrigen nicht zum Bedürfniss wurde¹⁾.

Nur selten macht der Verlauf der Darstellung es wünschenswerth, auch den Gegensatz gegen die *bonae fidei judicia* zu bezeichnen, und in solchen Fällen nennt man ihn *judicium strictum*. Die Klage bei solchem *strictum judicium* heisst *actio stricti judicii*. Im Ganzen kommt in den Pandecten einmal *strictum judicium* (vgl. Windscheid a. a. O. zu L. 3 § 2 D. 13, 6), einmal der Ausdruck *actio stricti judicii* (L. 5 § 4 D. 12, 3) vor. Letzterer gibt Justinian Veranlassung zu dem Missverständniss der *actio stricti juris* (§ 28 J. 4, 6), während § 30 I. 4, 6, wahrscheinlich nach Gajus, *in strictis judiciis* hat.

Also der Sprachgebrauch der classischen Zeit ist:
Bonae fidei judicium. *Strictum judicium.*
(Actio b. f. judicii). *Actio stricti judicii.*
B. f. j. kommt häufig vor. *S. j.* kommt wahrscheinlich
Actio b. f. j. kommt gar einmal vor.
nicht vor. *Actio s. j.* kommt einmal vor.

Correct ist es daher, immer blos von *judicia bona fidei* und bezw. *stricta* zu sprechen, während es heute üblich ist, *b. f. judicia* und *b. f. actiones*, *stricta judicia*, *str. judiciorum actiones*, *str. juris judicia* und *str. juris actiones* durcheinander zu gebrauchen.

§ 16. *Oalumniae judicium, contrarium judicium.*

Einer der Unterschiede in der Bedeutung von *actio* und *judicium* als Processindividuum ist der, dass *actio*

¹⁾ Die Garde heisst in allen Staaten so und nicht anders; das übrige Heer hier Linie, dort Armee, etc.

(*depositi, commodati*) das ganze Rechtsinstitut bezeichnet, während *judicium* jede Art von Prozess ist, welche sich aus dem Rechtsverhältniss entwickeln kann¹⁾.

Mit anderen Worten, es gibt nur eine *actio depositi*, aber es gibt manche *judicia depositi*. Ein Beispiel aus Gajus mag dies erläutern: Bei Gelegenheit eines *interdictum prohibitiorum* kommt es zu gar vielen Prozessen; aber es fällt Gajus nicht bei, diese Prozesse *actiones* zu nennen; dieselben sind *judicia* (*Cascellianum, secutorium, fructuarium* vergl. Gajus IV 167, 169). *Actio* ist eben ein selbständiger Prozessorganismus, der im Edict unter besonderer Ueberschrift steht; die mannigfaltigen Prozessarten, welche dabei in's Leben treten können, die Formen, in denen diese *actio* ausgeübt wird, (und für welche ein für viele *actiones* gemeinschaftliches Schema besteht) sind nicht wieder *actiones*, sondern eben *judicia*.

a. An jede Klage kann sich eine Chikanenklage schliessen: dies ist bei Gajus (IV 175) das *calumniae judicium*. Justinian freilich, bei dem *actio* unterschiedlos neben *judicium* steht, führt seinen Calumnien-Eid ein: *pro veteris calumniae actione* (§ 1 J. 4, 16).

b. Die Gegenklage, welche *ex certis causis* constituiert wird, z. B. bei der Injurienklage, und welche jeden Kläger trifft: *si causam non tenuerit* (Gajus IV 177, 180), heisst bei Gajus immer *contrarium judicium*. Dies dürfte keinem Zweifel unterliegen; nicht so einfach ist die Beantwortung der damit im Zusammenhang stehenden Frage, ob

c. die Gegenklage, welche bei gewissen Contracten

¹⁾ Vgl. Zeitschrift für Rg. N. F. Bd. 8, Miscelle II.

dem zunächst nur Verpflichteten unter Umständen gegeben werden muss, und welche ebenfalls als conträre bezeichnet wird, den Classikern immer *contrarium judicium*, oder mitunter auch *contraria actio* geheissen hat.

Um das Resultat theilweise gleich hier vorwegzunehmen: Zur Zeit der Edictsredaction und des Gajus ist unzweifelhaft *contrarium judicium* ausschliesslich in Gebrauch; aber auch die Werke dieser Zeit werden von den Compilatoren, wo diese sie für ihre Institutionen ausbeuten, mit der Phrase *contraria actio* durchsetzt.

Bei Ulpian und Paulus ist zwar *contrarium judicium* das regelmässige, aber es kommt daneben auch *contraria actio* vor; es entsteht daher die Frage, ob die Stellen, welche letzteren Ausdruck enthalten, vielleicht interpolirt sind: für Bejahung derselben spricht Dreierlei.

1. Dass auch Gajus, wie oben bemerkt ist, in den Institutionen mit jener Phrase bedacht wurde.
2. Dass einige von den betreffenden Stellen ohne Zweifel (aus Gründen verschiedener Art) interpolirt sind.
3. Dass Justinian im Codex *contraria actio* hat.

A. Die Zeit bis Gajus.

1. Bekanntlich machte die Verurtheilung im *judicium depositi, mandati, tutelae* etc. infam, jedoch nur die in der Haupt-, nicht die in der Nebenklage; dies sagen uns Edict, Gajus, Institutionen, jeder in seiner Weise. Das Edict sagt:

qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine
non contrario judicio damnatus erit (L. i. D. 3, 2).

Gajus (IV 182) sagt:

Quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti
furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, item pro socio,
fiduciae, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut vi . . .

Die Institutionen (§ 2 J. 4, 16) sagen:

ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, *directis non contrariis actionibus*, item pro socio, *quae ab utraque parte directa est.*

Hier haben also die Compilatoren statt *contrario iudicio* des Edicte in Gajus' Darstellung mehrmals eine *actio contraria* (und bezw. *directa*) eingeschoben.

2. Die Lehre von den *obligationes quasi ex contractu* in den Institutionen ist aus Gajus' *libri aureorum* entnommen. Die betreffenden Parallelstellen sind: J. 3, 27 und L. 5 D. 44, 7, sowie noch L. 2 D. 3, 4 (Gajus *libro 3 ad edictum provinciale*).

Der § 1 J. ist aus L. 2 zum Theil entnommen, wie folgende Gegenüberstellung zeigt:

Inst.

Igitur cum quis absentis nego-
tia gesserit, ultro citoque
inter eos nascuntur actiones,
quae appellantur negotio-
rum gestorum: *sed domino*
quidem rei gestae adversus
eum qui gessit directa com-
petit actio, negotiorum au-
tem gestori contraria.

Pand.

Si quis absentis negotia ges-
serit licet ignorantis, tamen
quidquid utiliter in rem
ejus impenderit vel etiam
ipse se in rem absentis ali-
cui obligaverit, habet eo
nomine actionem, itaque eo
casu ultro citroque nascitur
actio, quae appellatur ne-
gotiorum gestorum.

Der Schluss des Paragraphen ist dann wieder mit L. 5 pr. verwandt:

J.: idque utilitatis causa re-
ceptum est. (sc. eos obli-
gari).

Gajus L. 5 pr. D. 44, 7:
Sed utilitatis causa receptum
est invicem eos obligari.

Gradenwitz, Interpolationen.

Quae sane nemo curaturus
esset, si de eo quod quis
impendisset, nullam habi-
turus esset actionem.

Sicut autem si quis utiliter
gesserit habet obligatum do-
minum negotiorum, ita et
contra iste quoque tenetur,
ut administrationis ratio-
nem reddat. (Quo casu ad
exactissimam etc.).

Quae sane disperirent si vel
is qui obtulisset se negotiis
gerundis nullam habiturus
esset actionem.

Sicut aequum est ipsum actus
sui rationem reddere et eo
nomine condemnari, quid-
quid vel non ut oportuit
gessit, vel ex his negotiis
retinet; ita ex diverso ju-
stum est, si utiliter gessit,
praestari ei, quidquid eo
nomine vel abest ei vel
afuturum est.

Man sieht, Gajus war die Vorlage; den Compilatoren
gehört nur noch die *exactissima diligentia* am Schluss,
und die *directa et contraria actio* in der Mitte.

In derselben Weise geht dies nun im § 2 fort; dem-
selben entspricht L. 5 § 1 D. 44, 7:

2. Et hoc autem casu mutuae
sunt actiones. non tantum
enim pupillus cum tute
habet tutelae actionem, sed
et *ex contrario* tutor cum
pupillo habet *contrariam*
tutelae, si vel impenderit
aliquid in rem pupilli

Wie oben, kommt auch hier die *actio contraria* auf
Rechnung der Compilatoren.

3. Ferner ist aus dieser Zeit folgende Stelle:

L. 3 D. 13, 7. Pomponius libro 18 ad Sabinum.

Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pe-
cuniam redditisti ei pignus isque per fenestram id misit

Et hoc autem casu mutuae
sunt actiones. non tantum
enim pupillus cum tute
habet tutelae actionem
sed
et contra tutor cum
pupillo habet actionem
si vel impenderit
aliquid in rem pupilli

excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo
ait furti te agere cum debitore posse et ad exhiben-
dum: et, si *[agente te contraria pigneratia]* excipiat
debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo
et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam
ablatum id intellegitur.

Nach den Pandecten soll Pomponius hier die *Actio contraria pigneratia* hereingebracht haben; dagegen will ich mich nicht darauf berufen, dass sein 18. Buch ad Sab. nicht vom Pfand, sondern vom Diebstahl handelte: denn dies ist nicht zwingend. Durchschlagend scheint mir aber die Erwägung, dass von einer *exceptio de pignore sibi reddito* doch niemals gegenüber der (*in jus concepta*) auf *quidquid d. f. oportet [ex fide bona?]* lautenden *formula contraria* bei der *Ao. pigneratia* die Rede sein konnte, wohl aber gegenüber der *Ao. ad exhibendum*. —

Andere Stellen aus eben dieser Zeit sind:

L. 28 D. de minor. (4, 4) (Celsus libro 2 digestorum): non ideo tutori contrarium tutelae judicium restituendum est. L. 46 § 5 D. 3, 3. (Gajus libro 3 ad edictum provinciale) quod . . . procurator solverit, contrario mandati judicio reciperare debet. L. 2 und L. 4 D. 27, 4 (Julianus libro 21 digestorum): dandum [sc. contrarium] est, et si . . . et sicut actiones patitur . . . ita contrario judicio . . . persecui debet. (Vgl. S. 121 Anm. 2).

B. Die Zeit der Sever.

Um den richtigen Standpunkt für die Beurtheilung der Paulus- und Ulpianstellen mit *contraria actio* zu gewinnen, muss man sich eine Ausführung vergegenwärtigen, wie sie Ulpian in L. 1 und 3 D. 27, 4 gibt.

Der Tit. Dig. 27, 4 ist der einzige, der *ex professio* von einem *jud. contr.* handelt, und sehr bezeichnend ist die Tribonianische Ueberschrift: *De contraria tutelae et utili actione*. Worüber spricht Ulpian im Commentar zu dieser *actio contraria?* Die ersten Worte sind: *contrariam tutelae actionem*. Aber, wie Bluhme bemerkt hat, sind gerade die ersten Worte der Titel häufig von den Compilatoren erfunden; hier kommt noch hinzu, dass der erste Satz des Paragraphen mit dem letzten Satz desselben Paragraphen eine grosse Aehnlichkeit hat und wohl aus diesem gezogen sein kann. Derselbe Schriftsteller konnte unmöglich sagen:

Contra*riam tutelae actionem praetor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione*
(was übrigens recht schlechtes Latein ist) und dann hinzufügen, (nachdem er diesen selben Erfolg — in folgendem Satz:

quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur ex administratione scilicet —
einem *receptum est* zugeschrieben):

Etenim provocandi fuerunt tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint. —

Ulpian fängt m. E. erst bei *quamquam* an; aus dem *provocandi* ist das *praetor proposuit induxitque in usum* genommen, das sich mit dem *receptum est* so ganz und gar nicht verträgt. — Für die jetzige Vorlage genügt

übrigens, dass die ersten Worte als solche nicht beweiskräftig sind. —

Dann kommt der § 1, der natürlich Emblema ist: dem *qui pro tutore negotia gessit* steht natürlich nicht *haec actio*, sondern die *Ao. neg. gest.* zu, wie dies auch in L. ult. D. 27, 5 derselbe Ulpian sagt, dem hier die Unrichtigkeit zugeschrieben wird. Uebrigens ist es interessant zu beobachten, wie die Compilatoren eine Stelle aus dem Juristenwerk, die sie selbst in der Nähe untergebracht haben, verstümmelt und irreführend an einem anderen Orte nochmals auftreten lassen. L. ult.: *ei qui pro tutore negotium gessit, contrarium judicium competit.* Tit. 27, 4 handelt ja von *contraria actio*, darum wird der Inhalt von L. ult. hier eingeschoben. —

Man kann dagegen nicht etwa anführen, dass im § 2 davon die Rede ist, dass auch Curatoren ein *contrarium judicium* bekommen; denn Ulpian konnte sehr wohl bei der Besprechung der Tutelklage (von welcher allein hier die Rede ist) bei der allgemeinen Begründung sagen, dass auch Curatoren ein *contrarium judicium* haben, niemals aber, dass diese Klage (*haec actio*) oder auch allenfalls *dies judicium* (*hoc judicium*) irgend wem zustehe, als allein dem *tutor*. Am allerwenigsten konnte er *dies* vom *protutor* sagen, denn der kommt ja erst später mit seiner *actio protutelae*.

Lässt man nun, wie billig, die ersten Worte des Fragments bei Seite, so hat Ulpian in der ganzen langen Ausführung, die uns als L. 1 und L. 3 D. 27, 4 erhalten ist, dreizehnmal die „*contraria actio*“ als *contrarium judicium* oder *contrarium* bezeichnet, nicht ein einzigesmal als *contraria (actio)*. Dies ist sehr bemerkungswert,

weil besagte Ausführung Ulpians die einzige ist, welche in längerem Zusammenhang von einer „*contraria actio*“ handelt, und dabei diese Klage immer als conträre nennt.

Dagegen steht nun in den abgerissenen Fragmenten am Schluss des Titels je einmal bei Ulpian und Paulus *actionem contrariam*, bzw. *contrariam actionem*: allein es ist klar, dass die Compilatoren, um diese Stellen mit mehr Recht in diesem kurzen Titel unterbringen zu können, sehr leicht das Wort *contrariam* hier eingefügt haben können, welches offenbar überflüssig ist, und andererseits ungenügend, weil *tutelae* steht. — In L. 5 ist übrigens *actionem habere posse respondi* unklassisch: *actionem habere respondi*, oder *agere posse respondi*. Die Combination von beiden ist vom Uebel.

In den Titeln, die vom Commodat und der Pfandklage handeln, ist in vielen Stellen, die über die ganzen Titel verstreut sind, von Gegenklagen die Rede. Dabei kommt neben dem Ausdruck *contrarium judicium* auch *contraria actio* vor, bei Ulpian wie bei Paulus. Zunächst in L. 16 § 1 D. 13, 7 (Paulus libro 29 ad edictum). Allein hier ist die Interpolation unzweifelhaft:

Tutor lege non refragante si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit, scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. idem est et in curatore adulescentis vel furiosi.
§ 1. *Contrarium pigneratriciam creditori actionem competere certum est*: proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad con-

trarium judicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit.

Das pr. führt uns einen *tutor* vor, der eine Sache des Pupillen verpfändet hat, und sagt, dass diese Handlung zu schützen sei, d. h. doch wohl durch die Pfandklage. Lässt man nun die cursiv gedruckten Worte weg, so ergibt sich sprachlich und sachlich ein enger Zusammenhang und ein correcter Gedankengang: pr. der *tutor* kann verpfänden; § 1: wenn er eine fremde Sache etc. verpfändet, so haftet er (der Vormund), was dann näher ausgeführt wird. In dem ganzen § 1 bis *scribit* ist der *tutor* das ungenannte Subject zu allen Verben, was sich leicht erklärt, wenn der Anschluss an das Principium in der hier vorgeschlagenen Art und Weise stattfindet. Durch die Einfügung der bombastischen Worte *contrarium pignericiam creditoris actionem competere certum est* kommt Alles in Unordnung: sachlich ist nicht zu ersehen, weshalb Paulus uns hier über das Vorhandensein einer *actio contraria* beruhigen muss. Sprachlich aber wird durch diese Zerreissung der Gedanken alle Möglichkeit genommen, bei dem *dedit, tenebitur u. s. w.* an das wirkliche Subject, den *tutor* zu denken. Daher scheint mir unzweifelhaft, dass die Complataren aus dem *contrarium judicium* in der Mitte, und namentlich aus dem *contrarium ei non competit* am Schluss der Stelle jene Anfangsworte gezogen haben.

Ferner enthalten aus demselben Titel eine Anzahl von Stellen die Phrase *actio contraria pignericia*; dieselbe ist aber in allen diesen Stellen nicht ächt, son-

dern ein Ersatz für die *actio fiduciae*, von der die Juristen in diesen Stellen unzweifelhaft gesprochen hatten; liegt aber einmal eine Aenderung durch die Compilatoren vor, so ist nicht im Geringsten eine grössere Wahrscheinlichkeit dafür, dass ihre Thätigkeit sich darauf beschränkte, *fiduciae in pignericiam* zu verwandeln, als dafür, dass sie sonst noch, zum Zwecke grösserer Deutlichkeit, Aenderungen vorgenommen haben. Die Stellen sind: L. 22 § 4 mit der schon oben S. 80 gewürdigten Phrase *an haberet regressum pignericiae contrariae actionis*, L. 24 pr. von Ulpian, aus dem 30. Buch *ad edictum*, wo er bekanntlich von der *fiducia* handelt, L. 25, welches, man mag nun irgend welchem Abschreiberversehen den Vorzug geben (vergl. Lenel Ed. S. 232 Anm. 4), jedenfalls *fiducia* betrifft; hier macht sich das zweimalige *erit actio contraria* ganz besonders hässlich. Dazu kommt Pomponius in L. 8 pr., welche Stelle, wie ja überhaupt das 35. Buch des Pomponius ad Sabinum vielfach, ebenfalls von der *fiducia* handelte und deshalb erst in diesem Zusammenhang hier erwähnt wird; dass insbesondere L. 8 pr. die *fiducia* im Sinne hat, ergibt sich aus der Phrase *servum pignoris causa acceperim*, statt *pignori acceperim* und aus dem bekannten *eam.* —

Sodann steht die Wendung in folgender Stelle des Paulus (libro 22 ad edictum) L. 22 D. 13, 6:

Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio, (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendiisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum procul du-

bio¹⁾ est, contraria autem commodati tunc eum teneri,
cum sciens talem esse servum ignorantis commodavit.

Diese Stelle ist unzweifelhaft corrumpirt. Die Frage harmonirt nicht mit der Antwort. Der Schlussatz mit *cum* entbehrt jedes vernünftigen Sinnes, weswegen auch Mommsen hinter *cum* die Worte: *qui commodavit* einzuschieben sich veranlasst gesehen hat. Wenn der Jurist *quaeritur* gesagt hat, so wird er wohl nachher nicht die Entscheidung mit *procul dubio* geben.

Ausserdem findet sich der Ausdruck *contraria actio* im ersten Band der Mommsenschen Ausgabe, der die Haupttitel hierfür enthält; noch in folgenden Stellen aus spät classischer Zeit: L. 17 § 1 D. 13, 6; L. 54 § 1 D. 17, 1; L. 38 D. 21, 2²⁾). *Contrarium iudicium* dagegen in folgenden: L. 9 pr.; L. 16 § 1; L. 22 § 3 D. 13, 7; L. 5 pr. D. 16, 3; L. 5 § 8; L. 17 § 3 u. 5 D. 13, 6; L. 6 § 7 D. 3, 2; L. 12 § 7, 8 D. 17, 1; L. 7 § 2 D. 3, 5; L. 14 D. 6, 2.

Die Frage bleibt offen, ob in jenen Stellen der Ausdruck, wie dies sachlich leicht möglich ist, von den Compilatoren eingeschaltet ist, oder ob der Sprachgebrauch zur Zeit der Severe bereits degenerirt war.

Nochmals möchte ich hervorheben, dass die That-sache aus den Institutionen feststeht, dass die Compi-

¹⁾ *procul dubio* ist an sich verdächtig, obwohl keineswegs unmöglich. —

²⁾ In L. 18 § 4 D. 13, 6 sagt Gajus: *quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis.* Am Schluss stehen die Worte: *dicemus necessariam esse contrariam actionem.* Sie sind höchst wahrscheinlich Emblema; denn ein solcher Wechsel in der Bezeichnung ist für jene Zeit ganz unglaublich.

latoren in solche Ausführungen der Classiker, bei denen nicht von *directa* und *contraria actio* die Rede war, diese Ausdrücke ohne eine irgend sichtbare Nothwendigkeit hineingebracht haben; ferner, dass die Classiker nicht selten die Gegenklage als *actio* oder *judicium* ohne Hinzufügung des Wortes *contrarium* bezeichnen. Vergl. Gajus III 161, Paulus II 15; 2; als Gegensatz L. 12 § 9 D. 17, 1, welche schon desswegen verdächtig ist, weil sie eine lange Ausführung von Ulpian ohne Citat enthält.

VI. *Actio praescriptis verbis.*

§ 17.

Lenel hat in seinem Edictum (S. 238) behauptet und bewiesen, dass, ausser der *actio de aestimato*, keine sogenannte *actio praescriptis verbis* im Edict proponirt war. Pernice (Ulpian als Schriftsteller S. 8 (450)) hat diese Behauptung unterstützt, und deren Beweis nach anderer Richtung hin gesichert.

War aber im Edict nicht eine allgemeine *actio praescriptis verbis* proponirt, so folgt daraus, dass auch nicht einmal der Sammelname: die *actio praescriptis verbis* unter den Classikern üblich gewesen sein kann. Was hätte denn das bedeutet: die *actio praescriptis verbis*? welche Klage sollte damit bezeichnet werden? Wenn das Edict von einer solchen *actio* nichts wusste, so konnte die Jurisprudenz von derselben nicht sprechen. Höchstens konnte man daran denken, von den *actiones praescriptis verbis* zu sprechen; aber auch hierfür fehlte eben der äussere Anhalt im Edict.

Es konnte wohl ein *agere praescriptis verbis* geben, so wie es ein *agere in factum* gab; aber der Fortschritt zur *actio*, wie er bei *in factum agere* dadurch möglich war, dass der Prätor vielfach ein *in factum judicium*

versprach, dass es also wirklich Actionen gab, die edicts-mässig *in factum* waren, konnte, wegen des Fehlens eben dieser Vermittlung, beim *praescriptis verbis agere* nicht gemacht werden.

Dem entsprechend finden wir denn auch ein *praescriptis verbis agere* schon von Labeos Zeiten her sicher bezeugt, während die sogenannte *actio praescriptis verbis* erst spät und schlecht beglaubigt auftritt. Für das erste L. 19 pr. h. t. (19, 5): Ulpianus libro 31 ad edictum:

Rogasti me, ut tibi nūmmos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio ute-reris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecu-niam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere ut Labeo ait, *praescriptis verbis*¹⁾ quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

In Betreff des Ausdrucks: *actio praescriptis verbis* seien vorerst noch einige allgemeine Bemerkungen ge-stattet: *Agere praescriptis verbis* ist gutes Latein, bei welchem die beiden letzten Worte als *ablativus absolutus* aufzufassen sind; *actio praescriptis verbis* ist offenbar schlecht lateinisch, ausser in solchen Wendungen, wo, wie z. B. bei *praescriptis verbis dandam esse actionem*, die Verbindung des *praescriptis verbis* mit dem Verbum sprachlich wenigstens möglich ist; dieser Ausdruck kann sich daher natürlich erst viel später entwickelt haben, als *praescriptis verbis agere*.

Ferner ist der Titel der Pandecten, welchen wir den *actiones praescriptis verbis* gewidmet sehen, wie nach Lenel nicht bezweifelt werden kann, systematisches Ein-

¹⁾ Labeo hatte also gesagt, es sei *praescriptis verbis agendum*, Ulpian billigt dies, indem er es *tutius* nennt. —

schiebsel der Compilatoren, woraus folgt, dass diese eine gewisse Sympathie für die *actio praescriptis verbis* hatten. Sodann hat schon Gans (Ueber röm. Obligationenrecht, S. 186) bemerkt: »Das häufige Anhängsel: *id est praescriptis verbis*, scheint zu oft gar sehr deutlich ein Zusatz der referirenden späteren Juristen, oder der revidirenden Compilatoren zu sein;« und diese 1819 veröffentlichte Wahrnehmung findet jetzt, nachdem die damals eben erst aufgefundenen Institutionen des Gajus mit Justinians Institutionen genauer verglichen sind, eine starke äussere Bestätigung durch § 1 J. 3, 24 = Gajus III 143:

qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit (G. dederim)
nulla statim mercede constituta, (sed) postea tantum
daturus, quantum inter eos (G. nos) convenerit —
Gajus: quaeritur an locatio et conductio contrahatur.

Inst.

non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur,
sed eo nomine praescriptis verbis actio datur.

Hier wird an die Stelle der Frage des Gajus eine *actio praescriptis verbis* gesetzt, von welcher die Institutionen des Gajus überhaupt nichts wissen und, merkwürdig genug, L. 22 D. h. t. (Gajus libro 10 ad edictum provinciale) scheint sich der Sache nach mehr Justinian, als Gajus III 161 anzuschliessen.

Ferner stimmt zu jener Bemerkung Eiseles Wahrnehmung¹⁾, dass Zusätze mit *id est* und *hoc est* gar häufig den Compilatoren angehören.

Man muss aber weiter gehen und das *id est praescriptis*

¹⁾ Zschr. f. R. G. N. F. Bd. VII S. 18.

scriptis verbis nicht blos da tilgen, wo es in dieser rohen Form von den Compilatoren in das Juristenwerk hineingepresst ist, sondern auch da, wo die Compilatoren es eine wirkliche Verbindung mit dem Inhalt des classischen Werkes haben eingehen lassen. Als ein Paradigma dafür kann die bekannte L. 1 pr. D. 19, 3 gelten, welche durch die Compilatoren in eine so heillose Verwirrung gebracht ist, dass sie allen Erklärungsversuchen einen bisher auch noch nicht einmal leise erschütterten Widerstand entgegengesetzt. In L. 1 pr. haben wir die *actio praescriptis verbis* vor uns, wie die Compilatoren sich dieselbe dachten, und wir sehen dort die einzige sichere Quelle unserer Erkenntniss des *praescriptis agere* bei den Classikern muthwillig verschüttet¹⁾.

Aber wenn auch in der spätclassischen Zeit das *praescriptis verbis agere* mehr und mehr in Aufnahme kam, so konnte es doch nicht eine einzige *praescriptis verbis actio* schaffen. Diese *actio* gehört den Compilatoren an, und dies soll jetzt indirect und direct bewiesen werden.

Zwei Stellen sind es, welche eine allgemeine Be trachtung über diejenigen Klagen anstellen, die im Tit. 19, 5 unter dem Namen *praescriptis verbis actiones* ver-

¹⁾ In Folge dieser Thätigkeit der Compilatoren ist die ganze historische Entwicklung z. B. des Tauschvertrags in der Zeit zwischen Gajus und Paulus für uns verschlossen. Zu Gajus' Zeit war über den Character des Tausches noch heftiger Streit. Zu Paulus' Zeit war der Streit bereits entschieden. Andererseits aber sollen *antiores divi principes* diese Entscheidung herbeigeführt haben (§ 2 J. 3, 23). Damit im Zusammenhang mag denn stehen, dass Ulpian und Paulus oft ein *praescriptis verbis agere* vorschlagen, wo Gajus von einem *quaeritur* spricht.

einigt sind: L. 1 pr., von Papinian und L. 11, von Pomponius. Und wovon sprechen diese beiden Stellen, welche von den Compilatoren aus der ganzen classischen Literatur herausgesucht wurden? von *actiones praescriptis verbis*? nein, von *actiones in factum*:

Papinian: nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. sed ne res exemplis egeat, paucis agam.

Pomponius: Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo, quod legi deest; quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas ejus legis exigit.

Ist es nicht wunderbar, dass die Compilatoren zur Orientirung über die *actio praescriptis verbis* bei den Classikern keine Stelle fanden, die von jener *actio* handelte, und dass sie also genöthigt waren, an die Spitze des Titels eine Stelle zu setzen, in welcher von *actio praescriptis verbis* gar nicht die Rede ist? Weiter aber findet sich der Name der *actio praescriptis verbis* überhaupt nicht vor dem Schlusse der L. 5 h. t.; L. 2—4 sind abgerissene Kleinigkeiten aus Werken verschiedener Schriftsteller, — ihnen kommt an und für sich gar keine Bedeutung zu. —

Betrachten wir jetzt die einzelnen Pandectenstellen, in denen der Ausdruck *Actio praescriptis verbis* allerdings vorkommt:

1. Zunächst ist eine sehr berühmte Stelle in's Auge zu fassen, L. 2 § 2 D. 43, 26. Ulpianus libro 71 ad edictum vom *interdictum de precario* handelnd:

Et naturalem habet in se aequitatem, [namque prearium revocare volenti competit]!) est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. *itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur,*

in Verbindung mit L. 19 § 2 eod. Julianus libro 49 digestorum:

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condicione, *id est praescriptis verbis.*

Es scheint, dass hier ein ähnliches Verfahren vorliegt, wie es in L. 1 § 1 D. 27, 4 in Verbindung mit L. ult. D. 27, 5 vermutet wurde. Die Compilatoren haben einfach den Inhalt der L. 19 § 2 mit einer unpassenden Anknüpfung wörtlich in L. 2 § 2 übertragen.

Hierfür spricht 1. die wörtliche Uebereinstimmung, welche nur durch das *hoc* unterbrochen wird, bis zu dem Worte *sed*. 2. Die unzutreffende Anknüpfung mit *itaque*; denn aus der *aequitas* folgt doch nicht, dass ausser dem Interdict noch eine Klage zustehen muss. 3. aber scheint mir folgendes ganz durchschlagend: bei Julian. wird neben dem *interdictum de precario* noch die *incerti conductio* gegeben; das ist verständlich. Denn mit dieser wird zurück gefordert, was ohne Grund an Jemanden gelangt ist, *vel reddit ad non justam causam*

¹⁾ del. Mommsen.

(Ulpianus libro 43 ad Sabinum. L. 1 § 3 D. 12, 7); dies ist hier offenbar der Fall: das *precarium* ist ohne Grund beim Empfänger; es muss also der Besitz zurückerstattet werden, und darauf geht die *incerti conductio*.

In L. 2 § 2 dagegen ist die *civile Klage*, welche zustehen soll, die *actio praescriptis verbis*; will man nun überhaupt zwischen der *conductio incerti* und der *actio praescriptis verbis* einen Unterschied machen, so ist nur der möglich und begründet, dass die *conductio* auf Rückerstattung geht, die *praescriptis verbis actio* dagegen auf ein positives, über blosse Rückerstattung hinausreichendes Interesse. In unserem Fall musste daher schlechterdings an die *conductio* und nicht an die *actio* gedacht werden. 4. Ueberdies macht sich L. 2 § 2 auch noch dadurch verdächtig, dass sie von einem Entstehen der *praescriptis verbis actio* aus der *bona fides* spricht, was sinnlos ist, aber durch die interpolirte L. 1 pr. D. 19, 3 bestätigt wird. 5. L. 2 § 2 steht bekanntlich mit L. 14 § 11 D. 47, 2 Ulpianus libro 29 ad Sabinum im Widerspruch, welche behauptet:

Is qui precario servum rogaverat subrepto eo potest
quaeri an habeat furti actionem. et cum non est contra
eum *civilis actio* (quia simile donato *precarium* est)
ideoque et interdictum necessarium visum est, non
habebit furti actionem.

Dass keine *civilis actio* gegen den Precaristen besteht, schliesst natürlich nicht die Möglichkeit einer *conductio incerti* aus, welche Klage ja auch gegen den Beschenkten im Falle von Revocation u. s. w. gegeben wird, wohl aber die *actio praescriptis verbis*. Wäre diese gemeint, so könnte derselbe Schriftsteller unmöglich sie geben

und zugleich das Vorhandensein einer *civilis actio* leugnen; also L. 19 § 2 und L. 14 § 11 vertragen sich ganz gut, wenn man der letzteren L. 2 § 2 opfert.

Hiernach denke ich mir das Verhältniss nicht so, wie es öfters hingestellt wird, dass Ulpian in L. 2 § 2 die *actio praescriptis verbis* gab und dass desswegen die Compilatoren in L. 19 § 2 dem Julian die Worte anhängten: *id est praescriptis verbis*; auch nicht so, wie Lenel (Edictum S. 123) als Hypothese hinstellt, dass hinter *id est praescriptis verbis* die *praescriptio* der *condictio incerti* gestrichen sei, sondern vielmehr so, dass die Compilatoren lieber eine *actio praescriptis verbis*, als eine *condictio incerti* wollten, deshalb zunächst in L. 19 § 2 ihr beliebtes *id est praescriptis verbis* anhängten, und grösserer Sicherheit halber die ganze Ausführung dem Ulpian in den Mund legten.

2. L. 28 D. 39, 5 Papinian libro 3 responsorum lautet: *Hereditatem pater sibi relictam filiae sui juris effectae donavit: creditoribus hereditariis filia satisfacere debet, vel, si hoc minime faciat et credutores contra patrem veniant, cogendam eam per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere.*

Hier treffen mehrere sprachliche Merkmale zusammen, um das cursiv Gedruckte als Emblema erscheinen zu lassen: *minime* statt *non*, (vgl. Eisele a. a. O. S. 12) der absolute Infinitiv, *contra patrem venire*. All diese Bedenken fallen fort, und es ergibt sich ein trefflicher Satz, wenn man *satisfacere debet vel patrem adversus eos defendere* liest. — Inhaltlich betrachtet, ist die hier angeblich Papinianische *actio praescriptis verbis* ein Stein des Anstosses; denn zum *defendere* wird man

nicht durch *actio*, sondern durch extraordinäre prätorische Mittel gezwungen: Vgl. L. 31 § 3 D. 3, 3. — Nimmt man aber die *Actio praescriptis verbis* einmal an, so muss sie auch bei dem *satisfacere* stehen, und ist hier also doch nicht am rechten Platze. — Vgl. zu der Stelle Pernice, Labeo I S. 340, 341.

3. Nunmehr kommt eine Stelle, welche zu den allerbekanntesten Pandectenfragmenten gehört: eine Stelle, deren Ausführungen selbst über den Kreis des Privatrechtes hinaus Beachtung gefunden haben; dies ist L. 5 h. t., angeblich aus Paulus' 5. Buche der *quaestiones*. Die Aechtheit dieses Fragmentes ist selbst von Cujacius nicht angezweifelt worden, obwohl doch schon das bedenklich hätte erscheinen müssen, dass sonst die Quästionenschriften der Römer und speciell des Paulus einzelne Fälle besprechen, nicht aber zu systematischen Erörterungen aufsteigen. Bei Gelegenheit des *propositum* werden wohl verwandte Fälle herbeigezogen, aber niemals wird meines Wissens eine eigentliche systematische Abhandlung geschrieben, wie wir sie hier vor uns haben. — Wenn also Paulus gerade hier eine Ausnahme gemacht haben sollte, so müsste die Stelle, was Styl und Inhalt anbetrifft, unzweifelhaft Paulinisches Gepräge tragen. Sehen wir sie uns näher an, so ergibt sich das gerade Gegentheil: die Stelle ist eine Quelle der grössten Schwierigkeiten; ihre Logik hält einer näheren Prüfung nicht Stand.

Das *propositum* ist folgendes: *Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi. convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum. ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi teneris, quaesitum est.* Im

ganzen Verlauf der Stelle kommt kein *responde(t)*, *dico* oder Ähnliches, sondern die Antwort erfolgt im § 5 in der barocken Form: *et in proposita quaestione idem dici potest et necessario sequitur ut . . .*

Inzwischen wird zunächst bemerkt, dass hierbei *totius ob rem dati tractatus inspici potest*; also »dabei kann man die ganze Abhandlung über das *ob rem datum* anschauen«; dieselbe *in his competit speciebus*, »steht in folgenden Fällen zu«: *aut do ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias; in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur.* Also das *ob rem datum* soll 4 Unterarten haben: 2 mit *do, ut —*, 2 mit *facio, ut —*. Das *facere ut —* soll eine Unterart des *ob rem datum* sein.

Im § 1 kommt dann zunächst der bekannte Widerspruch mit Celsus (L. ult. D. 12, 4): *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est.* Unleugbar ist diese Entscheidung theoretisch höchst befremdlich¹⁾; systematisch ist zu bemerken, dass der Fall des Verkaufs fehlt; im Folgenden wird gleich zum Tausch übergegangen, während vorher der Fall: *si rem do ut pecuniam accipiam* nicht erwähnt ist. Weiter wird dann im § 1 gesagt: Weil der Tausch kein Kauf ist, so ist es unzweifelhaft, dass entsteht: *civilis obligatio, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere.* Dass diese Ausdrucksweise nicht eben classisch ist, leuchtet ein, ebenso wie die Unrichtigkeit des folgenden *repetatur*. Der Schlussatz des Paragraphen von

¹⁾ Brinz, Pandecten (1. Ausg.) S. 408.

sed si an kann eher ächt sein, wenigstens bis zu den Worten: *periculo meo Stichus erit.*

Im § 2 wiederholt sich zunächst dieselbe Schwierigkeit für den Fall der Miethe, die im vorigen Paragraphen im Fall des Kaufes hervortrat. Gegen den Schluss, der die Freilassung der Sclaven behandelt, lässt sich wohl nichts einwenden. Der § 3 ist eine vollständige Crux, schon desswegen, weil er den (dem § 2 im Anfang entgegengesetzten) Fall der Miethe ganz unberücksichtigt lässt. Wenn *do (pecuniam) ut facias* eine *locatio* ist, so ist *facio ut des (pecuniam)* mit vollkommener Sicherheit eine *conductio*; denn darauf, wer zuerst geleistet hat, kann es doch beim Miethvertrag nicht ankommen. Ausserdem würde *cessas dare* bedeuten: »Wenn du aufhörst zu geben« nicht, »wenn du säumst zu geben«; in der Bedeutung säumen regiert *cessare* nicht den Infinitiv, sondern wird mit Präpositionen gebraucht¹⁾. Im § 4 scheinen mir die Beispiele: das Eintreiben von den beiderseitigen Schuldern, das wechselseitige Bauen auf dem Boden des Anderen, nicht schlechthin erfunden, aber dass dabei die Ueberlieferung verdorben ist, sieht man auf den ersten Blick.

Unzweifelhaft scheint mir aber wieder, dass von *sed tutius erit* an die Compilatoren reden, vgl. *sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni. Exigere debitorem* ist nicht beispiellos in den Pandecten, aber offenbar sehr schlecht; *tutius*, sicherer, kann aber

¹⁾ Vgl. die Lexica.

natürlich nur die Thätigkeit des Klägers genannt werden¹⁾, das *praescriptis verbis agere*, nicht die des Prätors, das *actionem dare*; vgl. Ulpianus in L. 17 p. h. t. . . .

an *commodati agere possim?* et Vivianus ait posse:

Sed est tutius *praescriptis verbis agere*

und in L. 19 pr.:

tutius est ita *agere* ut Labeo ait, *praescriptis verbis*. Als Incorrectheit möchte ich ausser dem zweifelhaften *in . . . casibus* noch hervorheben, dass die *locatio*, die erst im § 2 kommt, vor der *emptio*, die schon im § 1 erwähnt ist, steht, und dass die *actio* nicht *locationis* et *emptionis similis* ist, sondern *locationis* et *emptionis (actioni)*.

Endlich ist der Missklang in der Phrase *in insulis . . . actionem* so furchtbar und so ohne Noth herbeigeführt, dass man ihn dem Paulus unmöglich zutrauen darf. —

Im Schlussparagraphen wird nun die Consequenz dieser mannigfachen Erörterungen gezogen, aber diese fällt ganz erstaunlich aus; es ist nämlich nicht das positive Interesse auf Leistung, welches in die Klage kommt, sondern das negative Interesse auf Zurückführung in den früheren Zustand. Der Gegner wird verurtheilt, dem Freilasser den Werth zu ersetzen, den der Sclave für ihn hatte, d. h. ihn schadlos zu halten. Nicht das Interesse, welches er an der Erfüllung des Vertrages hatte, sondern dasjenige, welches er daran hatte, dass der von der Gegenseite nicht erfüllte Vertrag erst gar nicht eingegangen wurde, kann er ein-

¹⁾ oder in anderen Fällen die des Respondenten. Vat. § 102.

klagen; mit anderen Worten, er bekommt nicht das positive, sondern das negative Vertragsinteresse; dies heisst aber bekanntlich: der Vertrag wird zerstört; daher erreicht mit der sogenannten *actio praescriptis verbis* der Kläger hiér nicht mehr, als er nach den Grundsätzen der *condictio* haben würde; das will sagen: die *actio praescriptis verbis* ist hier eine einfache *condictio incerti*.

Nach all diesem scheint es mir, dass das Schema, welches uns hier vorgeführt wird, von den Byzantinern herrührt, und dass Paulus weiter nichts angehört, als die Fragestellung und einige im Verlauf der Darstellung zur Sprache kommende Fälle. In dieser Vermuthung bestärkt mich, dass von diesem Schema in den Pandecten sonst nicht die Rede ist. Besonders merkwürdig ist, dass die in § 2 erwähnte Notiz von Julian bei Ulpian in L. 7 § 2 D. 2, 14 wiederkehrt, dort aber in einer offenbar genaueren, weil individualisirten Wiedergabe des Julianischen Ausspruches. Ebenso farblos, wie in L. 5 § 2 kehrt dies Citat wieder in L. 1 § 1 D. 19, 4, so dass die Vermuthung dringend wird, die Compilatoren hätten sich die Ulpianstelle zur Ausschmückung der auf ihre Rechnung kommenden *Titt. de permutatione* und *de praescriptis verbis et in factum actionibus* herübergeholt.

Nach L. 5 begegnen uns, wenn wir von der schon erläuterten Phrase *id est praescriptis verbis* absehen, bis L. 16 h. t. incl. blos Ausdrücke, wie *actio in factum*, *actio civilis*, *actio incerti*, *praescriptis verbis agere*. Erst in L. 17 § 1 steht am Schluss einer Erörterung über das *periculum*, bei der *aestimatio* die ganz ungehörige

Bemerkung: *actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

Kann es bei dieser Phrase nicht direct bewiesen werden, dass sie von den Compilatoren herrührt, so ist für den folgenden Paragraphen zufällig ein Beweis möglich, welcher um so wichtiger ist, als, wenn man die Compilatoren einmal dabei ertappen kann, dass sie in die Ausführung der Juristen die *actio praescriptis verbis* willkürlich eingefügt haben, die Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie dies öfters gethan haben, natürlich erheblich gesteigert wird. Angeblich soll Ulpian im 28. Buch *ad edictum* bei Gelegenheit der Commodatsklage folgendes gesagt haben.

Papinianus libro 8 quaestionum scribit:

Si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit; nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum agere.
secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandum esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

Die Antithese bei Papinian ist nicht genau; denn es fehlt der Fall, wo: *mihi liqueat apud Titum esse.* Ferner ist gar nicht einzusehen, wie Ulpian *secundum haec* wieder auf das *periculum* zu sprechen kommen kann, welches ja mit den vorstehenden Erörterungen ganz und gar nichts zu thun hat.

Glücklicherweise ist, um diese Bedenken zu beseitigen, L. 79 D. 47, 2 da: Papinianus libro octavo quaestionum:

Rem inspiciendam quis dedit: si periculum spectet eum
qui accepit, ipse furti agere potest.

Hier steht Aussage der Compilatoren gegen Aussage. Dass Papiniān in demselben Buch seiner Quästionen denselben Fall zweimal in so verschiedener Weise abgehandelt habe, wie L. 17 § 2 und L. 79 es glauben machen wollen, scheint mir ausgeschlossen. Wir müssen uns also schlüssig machen, welche von beiden Stellen Papinians wirklichen Ausspruch enthält.

Setzen wir nun einmal L. 79 an die Stelle des ersten Abschnitts von L. 17 § 2, so ergibt sich ein vortrefflicher Uebergang zu der Ulpianischen Ausführung. Papinian: Wer eine Sache zur Besichtigung bekommen hat, hat die *actio furti* dann, wenn ihn das *periculum* trifft. Im Anschluss daran fragt Ulpian, wann ihn denn das *periculum* trifft, und er beantwortet diese Frage genau. Das *periculum* ist es auch, welches die Verbindung mit § 1 herstellt. Ulpian ist beim Commodat auf die Frage der Gefahr der hingeggebenen Sache näher eingegangen; diese Frage zieht sich auch durch § 3 und 4 hindurch; die Compilatoren glaubten diese Ausführungen wegen des *sed est tutius praescriptis verbis agere* im pr. für ihre *actio praescriptis verbis* benutzen zu können und bringen dieselbe fortwährend herein; so im § 1, so im § 2, so im § 5.

Charakteristisch ist in § 2 und in § 5 übrigens der Ausdruck *praescriptis verbis actio competit*, welcher für eine Klage, die nicht einmal im Edict steht, natürlich ganz unpassend ist. Demnächst begegnet uns *praescriptis verbis actio* in dem Schlussparagraphen von L. 20 § 2 (Ulpianus libro 32 ad edictum, wie Lenel meint, bei

Besprechung der *actio de aestimato*). Es handelt sich auch hier wieder um das *periculum*, welches Labeo in folgender Weise vertheilt: Wenn die zur Besichtigung vom Kaufmann gebrachten Silbergefässe, bei der Rücksendung durch den Sclaven des Empfängers, abhanden kommen oder zu Grunde gehen, so muss der Empfänger für jede *culpa* seines Boten haften; darüber hinaus haftet er jedoch nicht:

certe culpam eorum quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, *et prouta praescriptis verbis actionem in hoc competere.*

Es wird zugegeben werden, dass der cursiv gedruckte Satz keinen rechten Anschluss hat, und dass *in hoc* eine sehr schlechte Bezeichnung für den Gegenstand der Klage ist; auch ist hier wieder das anstössige *praescriptis verbis actionem competere*. Die Vermuthung ist daher auch hier nicht fernliegend, dass der letzte Satz aus Rücksicht auf die Titelüberschrift angefügt ist; diese Vermuthung wird aber bedeutend verstärkt durch die Vergleichung mit § 2 und 1 *ibid.*

Im § 1 ist die Rede von einem Vertrage, welcher die grösste Aehnlichkeit hat mit dem, welchen uns Gajus III 146 vorführt. Bei Gajus werden Gladiatoren *ea lege* übergeben, dass für die unversehrt Zurückzuliefernden ein Miethlohn, für die Anderen ein Kaufgeld zu erstatten sei.

Dies ist nach Gajus bedingter Kauf, bzw. Miethvertrag.

In L. 20 § 1 führt Ulpian eine Auseinandersetzung des frühclassischen *Mēla* vor: Maulesel sind zur Probe hingegeben, gefallen sie, so sollen sie gekauft, wenn

anders, so soll für jeden Tag eine Entschädigung gegeben werden. Nun werden innerhalb der Probezeit die Thiere von Wegelagerern geraubt: frägt sich,

quid esset praestandum, utrum pretium et merces amerces tantum. et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. puto autem, *si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.*

Dass Mela hier nichts über die Klagen sagt, hat m. E. seinen Grund darin, dass er dies *implicite* bereits gethan hat, indem er *pretium* und *merces* unterschieden hat: im ersten Fall wird ein *pretium* verlangt, also liegt Kauf und die Kaufklage vor; im zweiten wird *merces* verlangt, also liegt Miethe und die Miethklage vor; daher ist die folgende Ausführung, die unter Ulpian's Namen geht, streng genommen falsch, und es bedarf nicht der absonderlichen Verweisung mit *actionem talem qualem adversus desultorem dari*, um unser Misstrauen gegen dieselbe wachzurufen. Hier liegt ja für den Fall, dass kein Kauf vorhanden, eine richtige *locatio conductio* mit *merces certa* vor; wozu also hier eine *actio talis qualis* —?

Ihre Erklärung finden beide Schlussausführungen, sowohl die von § 2, als die von § 1 im pr.:

Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experios dedero, ut si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit aduersus te ex vendito actio? et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos

hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non
ut etiam certares.

Hier fragt Labeo, ob die *actio ex vendito* zustehe und darauf antwortet Ulpian: *et puto verius esse praescriptis verbis agendum*; es scheint nun, dass die Compilatoren sich diese Wendung gemerkt haben, um sie am Schlusse des folgenden Paragraphen für ihre *actio praescriptis verbis* zu verwerthen; dort wiederholt sich beidemale das *puto*, nur dass es beidemale einen sehr schlechten Anschluss an das vorhergehende hat; beidemale ist von einer *actio* die Rede, während hier von einem *agere*; beidemale ist dort der Satz mit der *actio* theils überflüssig, theils bedenklich, während er hier, wenn auch nicht in dieser Form nothwendig, so doch nicht ohne Schädigung des Sinnes zu streichen ist.

Demnächst erscheint, — von dem *id est praescriptis verbis* wiederum abgesehen, — unser Ausdruck zuvörderst wieder in L. 23 h. t. von Africanus 8. Buch der *quaestiones*, d. h. von Julian:

Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu ejus pecuniae tributum quod Titius pendere debet, Sempronius praestaret computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decedere, aut si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est: Titius consuluerat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi posset. respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulatio-

nem deductas non deberi: verum in *proposito* videntum, ne non tam *fænerata* pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra *semissem* consecuturus esset. Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil. eum eo nomine praestare debuisse. *quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari*, praesertim cum illud quoque convenisset, ut, quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum jus et causam pecuniae creditae excedat.

Es ist die Rede von einem eigenthümlichen Rechtsgeschäfte. Sempronius bekommt von Titius eine Geldsumme, für die er sich 6% Zinsen rechnen muss; dafür übernimmt er eine Steuer des Titius; jedoch soll dies nicht ein gewagtes Geschäft sein, sondern es soll am Schluss eine Abrechnung stattfinden, nach deren Resultat Sempronius entweder dasjenige herausgeben soll, was er nach Abzug der Steuer noch übrig hat, (oder bei ordentlicher Verwaltung noch hätte übrig haben müssen), oder aber für seine Mehrauslagen entschädigt wird. Die öconomiche Grundlage dieses Rechtsgeschäftes muss die sein, dass Sempronius oft mehr als 6% zu gewinnen im Stande ist (*nisi quod ultra semissem consecuturus esset*); Titius andererseits ist vielleicht nicht einmal in der Lage, 6% zu bekommen, sofern er sich nicht der Intervention des Sempronius bedient.

Bei der Abrechnung stellt sich nun heraus, dass Sempronius an den Zinsen einen Ueberschuss hat, und Titius fragt, mit welcher Klage er dies zurückfordern könnte. In der Antwort erledigt Julian zunächst das

Bedenken, wie denn die nicht stipulirten Zinsen eingeklagt werden könnten, damit, dass hier nicht sowohl eine *pecunia credita* vorliegt, als vielmehr eine Art Mandat; er fügt zwar bei: *nisi quod ultra semissem consequaturus esset*; aber diese mehrdeutigen Worte sollen gewiss nicht die Entscheidung, dass gewissermaassen ein Mandat vorliegt, aufheben. Es scheint also, dass hier Julian wirklich eine *actio mandati* im Sinne hat, da auch sonst der Zinsvortheil, den der Mandatar geniesst, nicht gegen die Natur des *gratuitum* beim Mandat ist. Gajus libro 2 cottidianarum: L. 2 § 4 D. 17, 1:

tua et mea [gratia intervenit mandatum] veluti si mandem tibi ut sub usuris crederes ei qui in rem meam mutuaretur.

Daran knüpft sich dann eine rein theoretische Erörterung des Falles, wo Titius auch das Kapital hätte zurückfordern können; denn dieser Fall liegt hier nicht vor; es muss vorausgesetzt werden, dass das Kapital bereits zurückgezahlt ist: vgl. *id quod amplius ex usuris redegisset. ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse.* Auch das wäre keine *actio certae pecuniae creditae* gewesen, indem Sempronius, wenn er das Geld ohne seine Schuld verloren hätte, gar nichts hätte anrechnen müssen, und wenn er es nicht hätte anlegen können, ebenfalls dafür nicht hätte aufzukommen brauchen. Dies beides ist jedoch nicht ausdrücklich festgesetzt (*dicendum*); es bedarf daher noch einer Begründung, und die liegt besonders darin, dass ausgemacht ist: was mehr an Tribut bezahlt, als an Zinsen eingenommen ist, soll vom Kapital abgehen. So, glaube ich, ist der Schluss durchaus folgerichtig, wenn man nur

den Satz *quare — dari* fortlässt, welcher sich durch seine Uebereinstimmung mit L. 5 § 4 in f. h. t. verdächtig macht und welcher hier nicht im mindesten hineinpasst. Mit der *pecunia credita* sind wir ja, was das *propositum*, die Zinsforderung betrifft, fertig. Die Zinsforderung kann, aus ganz allgemeinen Gründen, nicht aus der *actio certae pecuniae creditae* hervorgehen; jetzt beschäftigt uns nur die gewesene Möglichkeit der Ein- klagung des Kapitals, und darum ist ein *tutius esse* jetzt kaum mehr denkbar.

Auch L. ult. h. t. (Pomponius libro 21 ad Sabinum) sagt:

Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, com- modati actio est: si, ut pondus argenti redderes quan- tum in illis esset, tantidem ponderis petitio est *per actionem praescriptis verbis*, tam boni tamen argenti, quam illi scyphi fuerunt.

Lässt man die vier Worte *per actionem praescriptis verbis* weg, so wird der Anschluss entschieden besser; jedenfalls sind sie entbehrlich.

Außerdem kommt unser Ausdruck noch vor in L. 1 § 9 und 10 D. 16, 3 (Ulpianus libro 30 ad edictum):

Si quis servum custodiendum conjecterit forte in pistri- num, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pi- strinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae ejus servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, *sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio*: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat, nec de operis quic-

quam convenit, depositi *actio* est. § 10. In *conducto* et *locato* et *in negotio*, ex quo diximus *praescriptis verbis dandam actionem*, et *dolum et culpam praestabunt*, qui *servum receperunt*: at si *cibaria tantum*, *dolum dumtaxat*. *sequemur tamen*, ut Pomponius ait, et quid *habuerunt proscriptum aut quid convenerit*, dummodo *sciamus et si quid fuit proscriptum*, *dolum tamen esse praestaturos qui receperunt*, qui *solus in depositum venit*.

Obwohl hier die grammatisch und juristisch am wenigsten auffällige Wendung *praescriptis verbis datur actio* steht, so möchte ich doch fragen: ist es ganz correct: *quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio?* Das Miethgeld heisst *merces*, nicht *pecunia* und, sollte wirklich zur Miethe gehören, dass Miethlohn gegeben wird? ist es nicht möglich, dass der Miethlohn anderweitig verrechnet wird und in Folge dessen trotz *contrahirter Miethe pecunia non datur?* Darnach ist die Frage mindestens offen zu lassen, ob nicht die stark an L. 5 § 2 D. 19, 5 erinnernden cursiv gedruckten Worte ein Emblema sind.

In L. 9 § 3 in f. steht:

Sed Pomponius libro vicesimo septimo posse cum sequestre *praescriptis verbis actione agi*, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo.

Hier hat es gar keine Schwierigkeit, das namentlich wegen des am Schlusse befindlichen *de dolo* höchst störende Wort *actione* wegzulassen.

Hiernach nun halte ich dafür, dass keine von den Stellen, welche *praescriptis verbis actio* haben, ohne Bedenken ist; auch im Einzelnen bestätigt sich also

die Vermuthung, welche durch das Edict von vornherein nahegelegt wird, dass diese *actio* eine Erfindung der Compilatoren ist, welche dieselbe in die Schriften der classischen Juristen einfügten. Die Juristen kannten wohl ein *praescriptis verbis agere*, welches eine *actio in factum civilis* darstellte, nicht aber eine *actio praescriptis verbis*.

VII. Das Reurecht.

§ 18.

Dass die *condictio propter poenitentiam* nicht den classischen Juristen angehört, sondern den Compilatoren, wird hier nicht zum ersten Male ausgesprochen und begründet.

Manns, in seinem 1879 erschienenen Buche »Das Pönitenzrecht«, hat dieselbe Meinung mit Energie vertreten und durchgeführt, und schon Anton Faber¹⁾ ist derselben sehr nahe gewesen. Sie lässt sich auch so ausdrücken: L. 5 D. 12, 4 von den Worten *sed cum liceat* des pr. an ist interpolirt; in L. 3 § 2 eod. sind die Worte: *aut si me paeniteat, condicere possum*, in L. 3 § 3 die Worte: *nisi paeniteat* interpolirt.

Nachdem ich, ohne jene Schriften zu kennen, zu derselben Ansicht gelangt war, musste ich mir zunächst die Frage vorlegen, aus welchen Gründen wohl Fabers und Mannsens Entdeckung so gar keiner Anerkennung sich zu erfreuen hat. —

Faber nämlich hat ernstliche Beachtung nur selten

¹⁾ in seinen Rationalia, ad L. 5.

gefunden, und auch wo dies der Fall, wie bei de Retez¹⁾), äussert sich die Beachtung blos in einer lebhaften Polemik. Die neueren Schriftsteller über die Condictio-nen erwähnen ihn nur der Curiosität halber, wenn sie ihn überhaupt erwähnen; und doch hätten sie gerade auf diesem Gebiet bedeutsamen Anlass, die Fabersche Conjectur auf ihren Werth zu prüfen, denn L. 5 macht Allen gar viel zu schaffen. Erxleben zum Beispiel sieht sich, um nur den vollkommenen Widerspruch in L. 5²⁾ pr. zu mildern, zu der Behauptung genöthigt, *cessare* bedeute hier »noch nicht eintreten«, und beruft sich dafür auf L. 19 pr. D. 12, 1 mit ihrem: *quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio;* welches vielmehr (überflüssigerweise) beweist, dass *ces-sare* »wegfallen« heisst; denn freilich: »so lange wegfallen als nicht« ist gleichbedeutend mit: »noch nicht eintreten bis«. Witte entwickelt zuerst das römische Condictio-nrecht, wie es sich ohne Rücksicht auf jene beiden Em-blemata folgerichtig darstellt, und schaltet dann einen besonderen Paragraphen ein, in welchem er das Vor-handensein dieser beiden Stellen constatirt und mit ihnen, so gut es geht, pactirt.

Diese Nichtbeachtung Anton Fabers, der vielleicht von allen Juristen der energischste Pandectenkritiker war, scheint mir aus folgender Eigenthümlichkeit Fabers sich erklären zu sollen: er ist immer auf der Jagd nach Interpolationen, und dies erweckt schon ein gewisses Misstrauen gegen ihn; sein heftiger Sinn lässt ihn einen Fehler begehen, welcher in Verbindung mit jener ersten

¹⁾ Meerman, Thesaurus, VI S. 149 ff.

²⁾ S. unten S. 158.

Eigenschaft ihm unendlich viel geschadet hat: wo er einer grösseren Interpolation auf die Spur gekommen zu sein glaubt, begnügt er sich nicht damit, das Princip derselben aufzudecken und sie im einzelnen aus dem schlechten Latein und der schlechten Jurisprudenz zu beweisen, sondern er wird gegen Tribonian persönlich; aus dem Compilator wird ihm ein persönlicher Feind, den er mit Hohn überschüttet. Das ist aber eine gefährliche Sache. Denn es gibt nicht leicht ein widerwärtigeres Schauspiel, als wenn Jemand einen Anderen verhöhnt, den er nicht versteht!

Glaubte nun Jemand da, wo Tribonian von Faber wegen perversen Sinnes und schlechter Sprache verhöhnt worden war, doch noch einen guten Sinn und die Hand des Classikers zu erkennen, so empfand er gegen Faber ausser der Missstimmung wider den wissenschaftlichen Gegner noch den Aerger über dessen Anmaassung; Fabers Art zu schreiben war ja im Grunde zugleich für diejenigen, welche so horrible Interpolationen bislang für classische Münze sollten genommen haben, gerade keine Schmeichelei.

So wurde der wissenschaftliche Gegner zum Feind Fabers und zum Kämpfen Tribonians, sowie Faber der Feind Tribonians gewesen war; so erklärt sich, dass seine Ausführungen im Allgemeinen, und besonders diejenigen zu unserer Frage in diesem Jahrhundert so wenig Beachtung mehr finden.

Mannsens Buch hat m. W. lediglich ablehnende Beurtheilung hervorgerufen.

Zu Mannsens Misserfolg hat gewiss beigetragen, dass er seine Conjectur erst am Schlusse seines Buches

bringt, wo das Interesse für diesen Gegenstand bereits ermüdet ist.

Ausserdem hatte Manns das Unglück, ein kleines philologisches Missverständniss sich zu Schulden kommen zu lassen, welches jedem anderen Juristen leicht vergeben worden wäre, aber für ihn, der einen sehr argen Fehler bei Tribonian vermutet hatte, wo nur eine falsche Auffassung des Corrigirenden vorlag, verhängnissvoll wurde; denn diès Missverständniss discreditirte alle sprachlichen Erörterungen von Manns.

Bei meinen folgenden Ausführungen werde ich in manchen Punkten von Manns abweichen und zumeist solche Begründungen ausführlich geben, welche ich bei ihm nicht gefunden habe; umso mehr will ich hier nochmals constatiren, dass ihm m. E. das Verdienst gebührt, ein ebenso interessantes als viel verhandeltes Problem als der Erste gelöst zu haben.

Dass die Interpolation von L. 3 § 2 und 3 ausgangen, glaube ich nicht; doch ist sie da am leichtesten zu erkennen. Ulpianus libro 26 ad edictum.

Dedi tibi pecuniam, ne ad judicem iretur: quasi decidi. an possim condicere, si mihi non caveatur ad judicem non iri? et est verum multum interesse, utrum ob hoc solum dedi, ne eatur, an ut et mihi repromittatur non iri: si ob hoc, ut et repromittatur, condici poterit, si non repromittatur: si ut non eatur, condicio cessat quamdiu non itur.

§ 1. Idem erit et si tibi dedero, ne Stichum manumittas: nam secundum distinctionem supra scriptam aut admittenda erit repetitio aut inhibenda.

§ 2. Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas:

*si non facis, possum condicere, aut si me paeniteat,
condicere possum.*

§ 3. Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, *nisi paeniteat*: quod si praeteriit, condici poterit. sed si Stichus decesserit, an repeti quod datum est possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus, cessare.

In der ganzen Lex (auch im § 5) werden Fälle des *datum ob causam* besprochen.

Im Principium ist die *res*, um derentwillen gegeben wird, negativ: *ne ad judicem iretur*. Es fragt sich, unter welchen Umständen hier die *conductio causa non secuta* eintritt, ob, wenn Sicherstellung verweigert wird, oder erst wenn dem *pactum* zuwidergehandelt wird.

Ulpian entscheidet, dass dies Auslegungsfrage sei. Im § 1 ist dieselbe Entscheidung gegeben für die *res*: *ne Stichum manumittas*; man sieht, es sind hier dieselben Erwägungen, welche den Scaevola zur *cautio Muciana* führten: negative Potestativaflagen finden ihre beste Regelung durch Cautionen.

Im § 2 wendet sich Ulpian zu einer positiven *res*: zur Freilassung eines Slaven: *dedero ut manumittas*; hier ist natürlich an eine Caution nicht zu denken; daher ist hier die Behandlung eine andere (*sed.*); nämlich ich kann condiciren, wenn du die *res* nicht folgen lässt, wenn du nicht freilässt; ausdrücklich ist also die *conductio* geknüpft an die Bedingung *si non facis*. Um so mehr müssen wir erstaunen, nun noch einen Satz angehängt zu finden, in welchem die Bedingung wieder für überflüssig erklärt wird; wie ist es möglich, dass, nachdem ernste Betrachtungen darüber angestellt sind, ob

in gewissen Fällen condicirt werden könne, nunmehr erklärt wird, der nackte Wille genüge, um eine *condictio* zu begründen! Welcher ernsthafte Mensch würde sich die Mühe gegeben haben, zu entwickeln, unter welchen Umständen man sagen dürfe: jetzt brauche ich auch nicht mehr zu wollen, wenn es genügt hätte, zu sagen: ich will nicht mehr, weil ich nicht mehr will!

Im § 3 wird derselbe Fall, näher individualisiert, vorgenommen, und eben diese Individualisirung macht den Widerspruch um so deutlicher. Der Sclave ist gegeben, um innerhalb bestimmter Zeit freigelassen zu werden; so lange die Zeit noch nicht verflossen ist, ist die Repetition zu inhibiren: *nisi paeniteat*; ist die Zeit verflossen, so kann condicirt werden. Ist aber der Sclave gestorben, so kann nach Proculus Ansicht das Geld dann zurückgefördert werden, wenn er gestorben ist, nachdem er hätte freigelassen werden können, sonst nicht; es wird also auf die Säumigkeit des Empfänges abgestellt. Schon diese Aeusserung des Proculus kann nicht mit dem *nisi paeniteat* vereinigt werden; er weiss nichts vom Reurecht, und, so wenig auch Proculus und Ulpian über alle Dinge im Recht einer Meinung gewesen sind, so ist es doch unglaublich, dass Ulpian eine dissentirende Aeusserung des Proculus so ohne jede Gegenbemerkung einfach wiedergeben sollte. Oder fällt etwa das Reurecht weg, weil der Sclave gestorben ist? In der That wird man dies als die Meinung der Compilatoren ansehen müssen, wenn sie nicht einfach vergessen haben, auch für diesen Fall ein Reurecht zu statuiren; juristisch construirt ist so wenig der Wegfall des Reurechtes beim Tode des Sclaven, wie das Vorhandensein des Reurechts im Allgemeinen.

Aber nicht Proculus allein ist es; dessen Entscheidung mit dem *nisi paeniteat* nicht zu vereinigen ist; wir haben eine Stelle von Julian, welche in klaren Worten das gerade Gegentheil von Ulpian's angeblicher Aeusserung besagt.

L. 19 pr. in f. D. 12, 1 (libro 10 digestorum):

... veluti si Titio decem dedero, ut Stichum intra calendas manumitteres, ante Kalendas nullam actionem habebo, post Kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.

Die Worte *nullam actionem*, welche Julian hat, machen zugleich eine Aushülfe unmöglich, welche wohl versucht worden ist. Vor dem Ablauf der Zeit soll zwar die angebliche *condictio ex paenitentia* zustehen, später aber auch die *condictio ob causam*. Diese Aushülfe scheitert, abgesehen davon, dass sie überhaupt ein blosses Phantasiestück ist, schon an der Natur der *condictio*, als einer abstracten Klage. Man kann wohl sagen: es ist die *actio venditi* zu verweigern, aber die *actio locati* zu geben, denn dies bedeutet: der Kläger bekommt nicht die *formula quod vendidit*, sondern *quod locavit*; aber eine *condictio* verweigern, die andere geben, ist in sich unmöglich, da, wie jetzt feststeht, die *condictiones abstracte* Klagen waren.

Also nicht blos Proculus, sondern auch Julianus stehen im directen Widerspruch zu dem angeblichen Ulpian; dieser Widerspruch aber ist höchst auffallend. Gewiss ist es ein Fortschritt der Wissenschaft, dass die Pandectenharmonistik in Misskredit gekommen ist; aber Widersprüche zwischen Pandectenautoren sind doch nur da zu vermuten, wo es sich um Controversen und

überhaupt um Fragen handelt, die ein denkender Kopf aus sich heraus zu entwickeln genötigt war; nur bei der Auslegung der Gesetze konnten die Juristen streiten, bei der Frage über das Vorhandensein eines Gesetzes konnten sie nicht verschiedener Meinung sein. Unser Reurecht aber ist nicht eine analoge Ausdehnung des bestehenden Rechtes, wie ein grosser Jurist sie sich erlauben durfte; es ist kein Rechtssatz, wie allenfalls die ausnahmsweise Ertheilung des *condictio indebiti* bei Rechtsirrthum, welche Ulpian in L. 1 pr. D. 36, 4 mit den Worten vollzieht: *adhuc tamen benigne quis dixerit condici posse.*

Das Reurecht ist eine folgenschwere fundamentale Änderung am Condictionsystem, und diese Änderung kann nicht mit der kavalieren Bemerkung: *nisi paeniteat* eingeführt werden.

Daher ist man denn auch auf die einzige noch übrig bleibende Nothhülfe verfallen, einen Wechsel der bezüglichen Gesetzgebung zwischen Julian und Ulpian anzunehmen. Ein nicht sehr aussichtsreiches Unternehmen, da sich Ulpian selbst in L. 3 cit. auf kein Gesetz beruft! Doch bespreche ich den bezüglichen Versuch, weil er die Daten bietet, welche nachher zu einer anderen Hypothese benutzt werden sollen.

Marc Aurel hat in einer *constitutio* an einen gewissen Aufidius Victorinus bestimmt, dass, »wenn Jemand einen Sclaven unter der Bedingung verkauft habe, der Käufer solle ihn manumittiren, und dieser die festgesetzte Zeit, oder die, worin es möglicherweise geschehen konnte, ohne Manumission vorüberstreichen liess, der

»Sclave *ipso jure* ohne Form der Manumission frei sein »söllte«, »Dieselbe Constitution, ursprünglich auf den »Kauf beschränkt, wurde bald nachher auch darauf aus- »gedehnt, wenn Jemand Geld für das Manumittiren »empfangen habe. Aber diese Constitution enthielt nun »noch etwas Anderes. Das Freisein *ipso jure* war in »derselben dadurch bedingt, dass der Verkäufer, oder »der Geld behufs des Manumittirens hergegeben hatte, »vor der feierlichen Manumission bei seinem Willen »blieb, oder was dasselbe ist, es war ihm in der Constitu- »tion freigestellt, bis zur feierlichen Manumission sagen »zu können, er wolle nicht, dass der Sclave frei werde, »also zu pönitiren (Gans, Obligationenrecht S. 208, 9)«. Aus dieser Constitution versucht Gans unsere Stelle zu erklären. Aber dies geht offenbar nicht an; weil der Sclave frei wird, wofern nur der Geber seinen Willen nicht geändert hat, soll der Geber zurückfordern dürfen, wenn er seinen Willen geändert hat. Das *nisi paeniteat* der *constitutio* schränkt die für den Empfänger ungünstige Rechtsfolge ein, dass der Sclave frei wird; das *nisi paeniteat* bei Ulpian schränkt den für den Empfänger günstigen Satz ein, dass er das Geld behalten kann. Das sind also ganz verschiedene Dinge. Ueberhaupt aber ist die *constitutio* auch in ihrer weitesten Ausdehnung (vgl. Paulus libro 15 responsorum L. 38 § 1 D. 40, 12) *in favorem libertatis*. Das *jus paenitendi* wäre in seinen Consequenzen offenbar *in necem libertatis*. Also, dass durch die Wissenschaft das *nisi paeniteat* der *constitutio* auf die Verweigerung der *repetitio* erstreckt worden wäre, muss als ganz ausgeschlossen gelten.

Der historische Vereinigungsversuch ist also völlig

verfehlt, selbst wenn man sich hier auch noch nicht auf L. 5 pr. D. 12, 4 berufen wollte, wo das Pönitenzrecht auf Dinge ausgedehnt wird, die mit dem Sclavenrecht gar nichts mehr zu thun haben.

Es bleibt also nichts übrig, als die L. 3 an sich zu betrachten, indem man in ihr einen Widerspruch mit dem classischen Recht anerkennt: *Inhibenda erit repetitio nisi paeniteat*. Das sind die inhalts schweren Worte, welche die ganze Verwirrung hervorrufen. Nun frage ich: ist es möglich, dass ein Jurist geschrieben hat: ich darf, so lange die Zeit noch nicht vorbei ist, noch nicht zurückfordern, — ich müsste denn gerade Reue empfinden; ist die Zeit vorbei, so darf ich condiciren. Also lediglich von einem inneren Bewusstsein wird es abhängig gemacht, ob die Repetition zu geben ist, oder nicht; trotzdem wird dies so ausgedrückt, dass man annehmen sollte, nur ausnahmsweise werde die Repetition gestattet.

Inhibenda, nisi paeniteat ist gleich *semper admittenda*. Denn, zu den Zeiten des Ulpian war die alte römische Bürgertugend längst zu Grabe gegangen; aber selbst der Mann, dem das Geschlecht der Mucii den Beinamen Scaevola verdankt, würde schwerlich die Charakterfestigkeit gehabt haben, die dazu gehört, sich die Möglichkeit der Repetition dadurch abzuschneiden, dass man erklärt: Reue habe ich freilich nicht; ich möchte blos die *conductio ob causam*.

Kurz, Alles stürmt auf uns ein, um die Annahme, die Worte *nisi paeniteat* seien Emblema, zu einer nothwendigen zu machen. Diese Annahme heilt nicht blos alle Mängel der Stelle selbst, sondern auch alle Wider-

sprüche im Condictionensystem, welche die unveränderte Stelle hervorbringt.

Zwei Anmerkungen zu Gunsten Tribonians seien noch gestattet:

1. Schon oben ist im Allgemeinen hervorgehoben worden, dass das *argumentum ex absurdo*, wodurch so häufig bewiesen wird, dass eine Stelle interpolirt ist, Tribonian nicht in eben dem schlechten Lichte erscheinen lässt, in welchem der Classiker stehen würde, wenn die Stelle ächt wäre. Wenn Jemand geschrieben haben sollte: *inhibenda erit repetitio, nisi paeniteat*, so wäre dies nicht blos unentschuldbar, sondern geradezu unerklärlich; dass Jemand hinter *repetito* ein *nisi paeniteat* eingeflickt hat, kann durch die Eile des Revisionswerkes und durch die Zwangslage entschuldigt werden, in welcher sich der befindet, welcher einem Anderen neue Gedanken unterlegen muss, ohne andererseits dessen Gedankengang gänzlich zerstören zu dürfen.

2. Ausserdem lässt das *nisi paeniteat* im Sinne Tribonians gleich wie auch das *aut si me paeniteat, condicere possum*, eine Erklärung zu, welche voraussetzt, dass die Compilatoren die vorangegangenen Ausführungen der Classiker in einem Punkte nicht verstanden haben, unter dieser Voraussetzung jedoch das Verfahren derselben völlig correct erscheinen lässt. Stillschweigend zu subintelligiren ist in der ganzen L. 3 natürlich, dass in Folge einer *condictio* von Seiten des Gebers die allenfallsige Verpflichtung zu positivem Thun auf Seiten des Nehmers erlischt. Diese Verpflichtung tritt bei den negativen *res* des pr. und des § 1 nicht in den Kreis des Möglichen. Anders bei den positiven *res* der §§ 2

und 3. Hier ist eine positive Verpflichtung zum Thun; nämlich zum Freilassen, sehr wohl denkbar und nach L. 5 § 2 D. 19, 5 geht darauf eine Klage: *condici ei potest vel praescriptis verbis agi*. Es ist hier gleichgültig, ob dieser Passus der L. 5 D. 19, 5 von den Compilatoren herrührt, oder nicht. Jedenfalls konnte den Compilatoren bei der *condictio* die alternativ neben ihr stehende *actio praescriptis verbis* einfallen. Wie nun, wenn sie das Recht der classischen Zeit dahin ändern wollten, dass ein Reurecht und somit eine *condictio* gleich von Anfang an bestehen sollte, aber befürchteten, dass Jemand sich befallen lassen könnte, negativ zu condiciren und positiv *praescriptis verbis* auf die Freilassung des Sclaven auszugehen? mussten sie da nicht durch eine Nebenbemerkung deutlich machen, dass, wer condicirte, nun nicht mehr *praescriptis verbis* vorgehen konnte? eben dies aber drückte das Wort *paenitere* sehr schicklich aus, und *nisi paeniteat* bedeutet dann: wenn er nicht auf die *praescriptis verbis* geltend zu machenden Rechte verzichtet. Diese Anmerkung wäre gerade in dem Falle, wo die Zeit noch nicht verflossen ist, besonders nothwendig; denn gerade in dieser Zeit ist noch an eine Erfüllung des Vertrages zu denken. Das Missverständniss läge nur darin, dass gewiss niemals ein Classiker daran denken konnte, diese *condictio* gewissermaassen pönal zu geben: wer condicirt, verliert nach classischem Recht natürlich *eo ipso* alle etwa *praescriptis verbis* geltend zu machenden Rechte. —

L. 5 pr. und § 1 eod. (12, 4). (Ulpianus libro 2 disputationum):

Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde

parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum. et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: *sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam.* nam si ita se res habeat, ut, licet nondum projectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, jam fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, conductio cessabit: sed si minus erogatum sit, conductio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus quod expendisti.

S 1. *Si servum quis tradiderit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si paenituerit eum qui tradiderit et super hoc eum certioraverit et fuerit manumissus post paenitentiam, attamen actio propter paenitentiam competit ei, qui dedit.* plane si non manumiserit, constituo succedit, facitque eum liberum, si nondum paenituerat eum qui in hoc dedit.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist das pr., soweit es cursiv gedruckt ist, interpolirt. Diese Ansicht ist bereits von Faber und von Manns dadurch begründet, dass Satz für Satz stylistische und juristische Fehler nachgewiesen werden, die sich Ulpian nimmermehr hat zu Schulden kommen lassen. Daher bleibt mir in dieser Beziehung nur eine kleine Nachlese zu halten übrig:

Et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est . . . Das muss jedem, der es liest, auffallen; derselbe Schriftsteller, der eben noch

gemeint hat: man kann sagen, dass die Rückforderung wegfällt, sagt in demselben Athemzuge: zweifelsfern wird zurückgefördert werden! Dies Argument ist denn auch von Faber und Manns angeführt worden, allein mit wenig Erfolg; denn das Sprachgefühl als solches ist wohl geeignet, einen Streit zu verhindern, aber nicht vermögend, einen schon entbrannten Streit zu stillen. Wenn Faber sagt: wie kann ein vernünftiger Mensch erst sagen, so ist's nicht und gleich darauf: so ist's doch, — so antwortet de Retez: er kann aber sehr wohl sagen: dies könnte man meinen; es ist aber unzweifelhaft jenes. Und in dieser Hinsicht liegt der Streit zwischen Manns und den Anderen heute noch ebenso, wie er zwischen jenen Gelehrten vor einem Vierteljahrtausend sich befand. Statt zu erforschen, was zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte war, will man herausbekommen, was überall und immer sein muss. Wie der Normalmensch schreiben musste, darüber streitet man, statt einfach nachzurechnen, wie denn Ulpian tatsächlich zu schreiben pflegte. Und doch ist Ulpians Sprachgebrauch entscheidend, nicht die allgemeine Logik und Grammatik. Hat Ulpian *potest dici* öfters gebraucht, um die von ihm nachher verworfene Meinung einzuführen, so hat unsere Stelle die Vermuthung der Aechtheit für sich, und wenn sie noch so verkehrt ist; pflegt Ulpian seine Entscheidung in die vorsichtige Form des *potest dici* zu bringen, und kann ihm sonst kein Beispiel, das unserer Stelle gleicht, nachgewiesen werden, so ist sie unächt, mag *potest dici repetitionem cessare, sed procul dubio repetetur* so schön sein, wie es will. —

Dass in dieser Beziehung der Sprachgebrauch der Völker und der Individuen nicht derselbe ist, bedarf wohl kaum eines Beweises¹⁾.

Als Résumé des Uplianischen Sprachgebrauchs (Beilage IV) ergibt sich nun, dass bei ihm *potest dici* einfach heisst: so ist's. Dies allein genügt schon, um die Interpolation des Folgenden zu erweisen. Ausserdem möchte ich namentlich noch auf den Wechsel in der Bezeichnung der Personen aufmerksam machen: von *sed cum liceat* an verschwindet der *ego* und es tritt ein unbestimmtes *is, qui dedit* an seine Stelle. Ueberhaupt wird Niemand, der die Ausführungen von *sed cum liceat* an liest, wenn er auch noch so wenig Neigung für die Annahme von Interpolationen hat, sich verhehlen können, dass unsere Stelle etwas eigenthümlich Schlotteriges hat. Der Thatbestand verschiebt sich fortwährend, und die Entscheidung kann nicht auf jede Nuance passen.

Von *sed cum liceat* an wird ein Reurecht gewährt, obwohl der Empfänger nicht im Stande war, die Auflage zu erfüllen. Es handelt sich dann darum, den Gegenstand dieser *condictio* zu bestimmen. Sie soll augenscheinlich auf die Bereicherung gehen, und daher soll der Empfänger seine Auslagen aufrechnen können; aber wie wird dies ausgedrückt? Zuerst wird für den Fall, dass es im Interesse des Empfängers gelegen hätte, dies

¹⁾ Der höfliche Athener sagte *εἰπος τις ἄντει*, auch wenn er eine sehr starke Form der Bejahung wählen wollte. In den Pandecten sind viele Stellen vorhanden, in denen die schliessliche Entscheidung durch solche Wendungen wie: *potest defendi* oder *dixerit aliquis* gegeben wird; vgl. z. B. L. 29 D. 39, 6 und ähnlich vorsichtig auch L. 7 pr. § 1 D. 44, 4.

Geld nicht zu bekommen, die *condictio* ganz abgesprochen, was offenbar zu weit geht. Als Illustration wird angeführt: Der Empfänger kann sich ja schon auf die Reise eingerichtet haben, das ist ziemlich plausibel; oder aber er kann schon die nothwendigen Auslagen zur Reise gemacht haben: *ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse*; das ist aber höchst merkwürdig: welch ein schlechter Rechner muss der sein, der schon vor Antritt der Reise das ganze Reisegeld auf *sumptus qui necessarii fuerunt ad profectionem* ausgegeben hat! und was für eine seltsame Constellation muss es sein, welche es dahin bringt, dass es offenkundig ist, er habe vielleicht mehr ausgegeben, als er empfangen habe.

Also die Erörterung in L. 5 pr. von *sed cum liceat* an ist ihrem Princip nach bei Ulpian unmöglich, sie ist im Einzelnen sprachlich und juristisch von der Classicität sehr weit entfernt. Es kann sich nur noch fragen, was die Compilatoren veranlasst hat, diese Ausführung hier einzuschlieben und damit das classische Recht zu verändern. Eine Möglichkeit, hierüber klar zu werden, ergibt sich aus § 1. Dieser Paragraph beschäftigt sich mit einem Fall, bei dem die *res* dieselbe ist, wie in L. 3 § 2 und 3, aber das *datum* ist ein anderes. In L. 3 wurde Geld gegeben, damit der Slave freigelassen werde, hier wird der Slave selber erst in's Eigenthum desjenigen gebracht, der ihn freilassen soll; es liegt also hier ein Fall vor, wie er in der oben erwähnten *constitutio ad Aufidium Victorinum* gemeint ist.

Jedenfalls hatte Ulpian nicht von Tradition, sondern von Mancipation gesprochen, und darum ergeben sich

für den Anfang des Paragraphen einige stylistische Aenderungen. Hinter *manumitteretur* beginnt dann eine Ausführung über das Reurecht, welche sich bis *competit ei qui dedit* erstreckt. Obwohl hier unter Umständen ein Reurecht sehr wohl denkbar ist, ist doch diese Ausführung über dasselbe unzweifelhaft interpolirt, wie hier nachgewiesen werden soll; zunächst ist die Bezeichnung der Personen eine solche, dass sie allein schon den Gedanken an eine Classicität des Autors ausschliessen muss: *eum qui tradiderit — eum certioraverit — fuerit manumissus — ei qui dedit.* Geber, Empfänger, Sclave gehen bunt durcheinander, der Geber heisst bald *is qui dedit*, bald *is qui tradidit*.

Demnächst ist zu erwähnen die Phrase *super hoc eum certioraverit* statt *de ea re certiorem eum fecerit*.

A. *Super* in der Bedeutung von *de* mit folgendem Pronomen kommt zwar auch schon bei Cicero vor; aber bei ihm, wie bei den folgenden besseren Schriftstellern ist dies Pronomen *is ea id* und nicht *hic haec hoc; quid super ea re censeas* fragt Cicero; *super ea re* sagen auch die Pandectenjuristen. Wer dagegen für *hic haec hoc* im Allgemeinen und für *super hoc* eine Vorliebe hat, das ist Justinian, und so werden wir ihn denn auch in unserem *super hoc* wiederfinden¹⁾.

B. *Certiorare* ist, wenn wir dem Glauben schenken sollen, was uns die Pandecten sagen, in der ganzen Latinität von vier Männern gebraucht worden: von Ulpian, Marcellus, Modestinus und Justinian; dies wäre so auffallend, dass bereits Brissonius die Ansicht kund

¹⁾ z. B. c. u. § 2 C. 8, 33. L. 37 D. 12, 2.

gab, dass jenes Wort in den Pandecten immer *a Triboniani manu positum* sei; eine Ansicht, welcher später entgegengetreten wurde; zur Unterstützung jener Brisonius'schen Vermuthung lässt sich namentlich anführen, dass der regelmässige Sprachgebrauch auch Ulpian's *certiorem facere* und *notum facere* ist, wie sich dies namentlich aus L. 29 *mandati* ergibt, wo in den inhaltlich verdächtigen Ausführungen *certiorare* steht, sonst aber *notum facere*. Vgl. die Beilage V.

Aus derselben ergibt sich, dass das Vorkommen von *certiorare* eine Interpolation sehr stark vermuten lässt, wenn es auch nicht gerade als direchter Beweis für eine solche anzusehen ist. Da sich nun hier mit *certioraverit* das ebenso schlechte *super hoc* vereinigt findet, so scheint mir unzweifelhaft, dass eine Interpolation vorliegt. Das *super hoc eum certioraverit* kann aber nicht entbehort werden, und so muss die Interpolation sich weiter erstrecken, mindestens über den ganzen Satz, welcher die *actio propter poenitentiam* gewährt. Wie kamen die Compilatoren dazu, diesen Satz hier einzuschalten? Nehmen wir einmal an, dass der letzte Satz des Paragraphen: *constitutio succedit factique eum liberum si nondum paenituerat eum, qui in hoc dedit inhaltlich ächt* ist, so ergibt sich eine Möglichkeit der Erklärung.

Die *constitutio* hat ein *jus singulare* eingeführt, welches sehr bedenklicher Natur wäre, ja eine ganz unerträgliche Belästigung des Verkehrs enthalten würde, wenn es nicht durch ein Reurecht, das dem Verkäufer zusteht, gemildert wäre. Dies Reurecht ist unzweifelhaft gleich durch Marc Aurel festgesetzt, Ulpian konnte auf dasselbe Bezug nehmen.

Die Compilatoren fanden bei Ulpian einen Vorbehalt, welcher für den Fall der *constitutio* allerdings ein Reurecht statuirte, und aus diesem singulären Reurecht entwickelten sie dann ihr allgemeines Reurecht. L. 5 § 1 ist dann der eigentliche Entstehungsherd für das Reurecht. Aus § 1 ist es in's pr. und dann in L. 3 h. t. übergegangen.

In L. 3 ist es nur ganz äusserlich eingeflickt und daher dort am leichtesten als Interpolation zu erkennen. Während ich mich dabei in Gegensatz zu Faber und Manns stelle, welche beide in L. 5 von *sed cum liceat* an kein Ulpianisches Wort mehr finden, sei hier noch eine Ausführung von Manns wiederholt, welche eigentlich den Einblick in das classische Recht, wie es ohne Reurecht bestand, erst in ausreichender Weise ermöglicht. Mannsens Erörterung beruht wesentlich auf der Wahrheit: aufgeschoben ist nicht aufgehoben.

Es muss nämlich Jedem als unbillig erscheinen, dass, wenn der Empfänger ohne seine Schuld nicht im Stande war, das Uebernommene auszuführen, — dass ihm dann das Gegebene bleiben soll; und eben dieser Gedanke scheint die Compilatoren zu ihrem Reurecht veranlasst zu haben; allein der Vorwurf trifft das classische Recht nicht, denn es ist nicht die Meinung Ulpians, dass der Empfänger zu Hause bleiben und das Geld behalten soll, sondern vielmehr, dass er, wiederhergestellt, jetzt nach Capua gehen soll; die schuldlose Verzögerung soll ihm nicht das Recht zur Leistung verkürzen; nicht aber soll ihn die schuldlose temporäre Unmöglichkeit von der späteren Leistung befreien. Dies Alles wird viel klarer, wenn wir eine bestimmte Zeit

annehmen, innerhalb deren die Reise stattfinden sollte. Nach classischem Recht hat innerhalb der fünf Jahre der Empfänger das Recht, die Reise anzutreten und das Geld zu behalten. Thut er dies innerhalb der fünf Jahre nicht, sei es nun aus Wortbrüchigkeit oder aus Krankheit, so kann nach Ablauf der Zeit der Geber ihm ganz gewiss condiciren, aber nicht indem er sagt: jetzt will ich nicht mehr, dass du reisest, sondern indem er sagt: dass du jetzt reisest, habe ich nie gewollt. Er ändert nicht den früheren Entschluss (*poenitet*), sondern in Gemässheit des früheren Entschlusses fordert er jetzt zurück. Nur für eine etwaige Gegenrechnung kann die Schuld oder Unschuld des Empfängers an der Nichtausführung der Reise bedeutungsvoll werden. Die entgegengesetzte Entscheidung des Proculus für den Fall des Todes des Sclaven (*si post id temporis. decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus cessare*) ist für diesen durchaus zutreffend: denn der Empfänger lukirt nichts; hat er doch seinen Sclaven verloren.

Nach Justinianischem Recht kann schon während der fünf Jahre jeden Augenblick der Geber sagen: Gib mir zurück, ich will nicht mehr (*poenitet*).

Die Uebertragung auf den Fall, wo kein *certum tempus* bestimmt ist, ergibt sich sehr leicht, wenn man nur erwägt, dass Niemand *inter vivos* einem Anderen Geld geben wird, damit er irgend einmal in seinem Leben eine solche Reise ausführt, sondern immer, damit durch eine solche Reise ein bestimmter Zweck erreicht wird; ist die Erreichung dieses Zweckes unmöglich geworden, so wird die *condictio* gegeben sein; an

Die Stelle des nach dem Kalender angegebenen Zeitraumes tritt also hier ein nach Merkmalen vom Richter zu bestimmender.

Nach Justinianischem Recht (mit Pönitenzrecht) kann schon während jener Frist, so lange noch *res integra* ist, der Geber jeden Augenblick sagen: ich will nicht mehr.

Das classische Recht gibt uns auch für diesen Fall Julianus (libro 10 digestorum) L. 19 pr. D. 12, 1:

et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendentii esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cum vero certum esse coepisset futurum id non esse, obligabitur qui accepisset.

Nehmen wir also z. B. an, dass Jemand einem Anderen Geld gegeben hat, um ihn in Capua in einem Prozess als Zeugen zu benutzen, denselben aber an sofortiger Abreise ein Naturereigniss gehindert hat, so würde es nach classischem Rechte darauf ankommen, ob der Empfänger noch zum Prozess zurecht kommen kann: ist dies, so muss ihn der Geber noch reisen lassen; ist dies nicht mehr, so hat er die *condictio causa non secuta*. Nach Justinianischem Rechte (mit Reurecht) kann er jeden Augenblick zurückfordern.

Mit dem Reurecht in L. 5 pr. und § 1 fällt auch § 2 *ibid.*, er beschäftigt sich nur mit einer besonderen Anwendung der dort besprochenen *poenitentia* und setzt desshalb die Ausführungen des pr. und § 1 nothwendig voraus.

Im § 2 selber spricht für den nachklassischen Ursprung namentlich Folgendes:

Er führt sich ein mit: *item si quis dederit Titio de-*

cem, während doch das pr. sowie § 3 und 4 *si acceperis* und (*si, ubi*) *acepit* haben, der § 1, weil ursprünglich von der Mancipation handelnd, hier nicht in Betracht kommen kann. § 2 stellt sich also auf die Seite des Gebers, fügt einen bestimmten Empfänger (Titius) bei und lässt diesem die bestimmte Summe von *decem* geben. Damit vergleiche man die Consequenz, mit welcher in L. 3 pr. bis § 4 h. t. der *ego* und *tu* gehalten werden. Dann ist namentlich die Phrase *poenitentia dabit condicitionem* unklassisch, und der Subjectswechsel ist in Permanenz.

Aus diesen Gründen ist daher auch § 2 unzweifelhaft interpolirt. Was §§ 3 und 4 angeht, welche von Faber und Manns ebenfalls für unächt gehalten werden, so sei hier nur bemerkt, dass dieselben mit dem Reurecht an sich nichts mehr zu thun haben, sondern sich mit der Auseinandersetzung der Fragen beschäftigen, welche beim Tode oder der Flucht des Sclaven zwischen Geber und Empfänger entstehen. Diese Auseinandersetzung bezieht sich natürlich auf eine andere *condictio*, es ist die *condictio ob causam*, nicht die Justinianische *condictio propter poenitentiam*, um die es sich hier handelt. In der That möchte ich mich nicht der Meinung anschliessen, dass auch §§ 3 und 4 gänzlich dem Tribonian angehören; von der anderen Seite enthalten sie so Vieles, was Ulpian kaum geschrieben haben dürfte (z. B. *non oportet ei condici; verius est — oportere dici;* im Ganzen das von Eisele sub I gekennzeichnete Schema Tribonians), dass sie gewiss nicht vollständig ächt genannt werden dürfen. Sicher scheint mir, dass der Satz: *sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum servum con-*

sequi, necesse est aut ipsum ei dari aut quod dedit restituiri nicht in § 3, sondern in § 2 gehört, wie schon das *decem* beweist; es ist auch eine sonderbare Behauptung, dass derjenige, welcher Geld gegeben hat, damit der Sclave freigelassen werde, wenn er es vorzieht, den Sclaven zu bekommen, entweder das Geld oder den Sclaven erhalten muss; ebenso gut könnte man sagen: wenn er es vorzieht, hundert Joch Ackers zu bekommen, so müssen ihm entweder diese hundert Joch, oder aber seine zehn Sestertien gegeben werden. Schon mehr Sinn hat eine solche Alternative im Fall des § 2, wo der Sclave mit dem Geld des Gebers durch den Empfänger erst gekauft worden ist.

Die Absonderlichkeiten von § 3 und 4 sind von Faber und Manns, auf welche hier Bezug genommen wird, ausführlich hervorgehoben.

Endlich sind dann noch zwei Stellen zu erwähnen, welche Manns, m. E. mit Unrecht hier hereinzieht: in L. 5 § 2 D. 19, 5 will er statt *sive finitum (scil. tempus)* *non fuit* lesen: *sive adiectum non fuit*; aber *finitum* wird hier allgemein als »abgegrenzt« gedeutet, nicht als »beendet«; so dass eine Änderung überflüssig ist.

L. 27 § 1 D. 17, 1. (Gajus libro 9 [10 Krüger und Lenel] ad edictum provinciale):

Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constituit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire; veluti si paenitentia acta servum reciperare velim.

Hier will Manns den Schluss von *potest autem* an für interpolirt angesehen wissen; m. E. mit Unrecht. Gajus behandelt im 10. Buche das *mandatum*, wahr-

scheinlich auch die *fiducia*; unser Rechtsgeschäft sieht einer *fiducia* recht ähnlich (vgl. Lenel Ed. S. 232 Anm. 6 u. f.). Dann ist die freie Widerruflichkeit sehr leicht erklärlich; aber auch, wenn man ein Mandat annimmt, ist sie begreiflich; nur eine *condictio*, eine *actio propter poenitentiam*, wie sie L. 5 § 1 will, ist unmöglich.

VIII. Verba und voluntas.

§ 19. Einleitung.

Bekanntlich ist es einer der Gegensätze, in denen sich das heutige Recht. zum classischen römischen befindet, dass im römischen Rechte der Wille in bestimmten Formen erklärt werden musste, während im heutigen Rechte das Prinzip der Formlosigkeit der Verträge anerkannt ist.

Das Justinianische Recht steht bei dieser allgemeinen Verschiedenheit durchaus auf der Seite des classischen römischen Rechts.

Immerhin macht sich bereits bei Justinian die Herrschaft des Willens, im Gegensatz zu den Worten, welche denselben auszudrücken bestimmt sind, in mancher Weise geltend, — eine Erscheinung, welche ein Beweis unter vielen dafür ist, dass Justinians Recht, trotz seiner theoretischen Inferiorität, dem modernen Verkehr mehr entspricht, als das classische römische.

Mit der eben besprochenen Verschiedenheit in der Grundauffassung der Rechtsgeschäfte steht eine andere in nahem Zusammenhang.

Wer den Willen entscheidend sein lässt der Form gegenüber, bekundet damit, dass er das Bestreben hat,

dem Willen Geltung zu verleihen; dies Bestreben kann ihn leicht auch dahin bringen, dass er den Willen des Privaten in letzter Instanz da entscheiden lässt, wo ein anderer Gesetzgeber sogenannte absolute Gesetze aufstellen würde. In der That hat das Justinianische Recht absolute Gesetze in sogenannte dispositive verwandelt, und zwar in dispositive von der zweiten Art (nach Dernburg Pandecten I § 32); dahin gehört die *Lex Falcidia*: sie ist eine Schranke für den Willen des Erblassers geblieben, nicht eine blosse Auslegungsregel geworden; aber diese Schranke ist nicht mehr unübersteigbar: der Wille des Erblassers kann im einzelnen Fall die *Falcidia* ausschliessen.

Im Folgenden sollen einige Fälle näher betrachtet werden, in welchen Justinians Recht dem classischen gegenüber eine jener Verschiedenheiten oder auch beide aufweist.

§ 20. 1. *Verba legati*.

In omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus¹⁾ und Semper vestigia voluntatis sequimur testatorum²⁾), sagt Justinian: demgemäß soll zwischen Legaten und Fideicommissen kein Unterschied mehr sein, soll der Sclavē frei werden, der *sine libertate* zum Erben eingesetzt ist, soll die mehrmals legirte Sache zu gleichen Theilen geschuldet werden: *nisi specialiter*

¹⁾ C. 23 § 2 a in f. C. 6, 37 (cfr. § 1 c: *vestigia enim voluntatis testatoris non aliter nisi per hujusmodi viam aestimanda sunt*)

²⁾ C. 5 § 1a C. 6, 27, vgl. auch § 2 J. 2, 20: *non verbis, sed voluntatibus eorum faventes*. Vgl. c. un. C. 4, 11. c. 1 pr. C. 6, 41.

*expresserit et dixerit testator, tantas quidem partes velle
unum, tantas autem alterum habere.*

Die römischen Juristen denken hierüber etwas anders: von Scāvola sind uns viele Hunderte von Responsen erhalten; von Paulus ein ganzer Titel, (Pauli sentent. III 6) worin von der Auslegung der Legate und Fideicommissen gesprochen wird; und bei Paulus ist fast immer die Entscheidung so ausgesprochen, dass ersichtlich wird, der Jurist habe dieselbe ein für alle Mal nach dem Gerichtsgebrauch gehabt wollen, und nicht unter dem Vorbehalt, dass es anders gehalten werden müsse, wofern der Testator im concreten Fall Anderes beabsichtigt habe.

Die Entscheidung darüber, was zum *instrumentum fundi* gehört und was nicht (§§ 36 und folgende), was zum *praedium instructum* (§§ 50 und folgende) zeigen dies recht deutlich. Wo Paulus auf den Willen des Testators eingeht, ist dieser Wille ein präsumirter und zwar mit *praesumptio juris et de jure* präsumirter, wie im § 16: *Rem legatam testator si postea pignori uel fiduciae dederit, ex eo uoluntatem mutasse non uidetur.* D. h.: aus der Thatsache der Verpfändung folgt nicht die *ademptio legati*; keineswegs aber ist nachgelassen, dass eine solche Verpfändung nach dem Willen eines concreten Testators doch eine Entziehung des Legats bedeuten könne. In zwei Fällen sagt Paulus ganz allgemein: das ist *voluntatis quaestio* (§§ 71 und 88), das eine Mal mit der Begründung *dubium remansit*; das heisst: hier schweigt das Recht, und darum tritt der concrete Einzelwille in Kraft; während bei Justinian das Recht dem concreten Einzelwillen bei solchen Fragen

im Allgemeinen zu weichen hat. Gerade das *dubium remansit et ideo voluntatis est quaestio* ist nach dem *argumentum e contrario* ein Gegensatz zu dem: *semper vestigia voluntatis sequimur testatorum*. Nur eine einzige Stelle (§ 60) von Paulus ist anders geartet, und diese sagt uns: wenn *monilia* hinterlassen sind, wird *aurum vel argentum* nicht geschuldet: *nisi de his quaque manifeste sensisse testatorem possit ostendi*. Allein bei dieser Stelle ist zunächst die Lesart selbst zweifelhaft, sodann ist es immerhin möglich, dass dem ungebräuchlichen Worte *monilia* gegenüber die Jurisprudenz zaghafter war, als gewöhnlich, und endlich ist es durchaus nicht ausgeschlossen, dass der Schlussatz, welcher, wie gezeigt wurde, mit seiner Bezugnahme auf den reinen concreten Willen des Testators in dieser Form in dem Titel ganz einzig dasteht, durch Änderungen von Seiten der Westgothen zu erklären ist. (Vgl. Beil. I).

Es gibt eine Stelle bei Paulus, welche wir durch die Digesten controlliren können, statt dass gewöhnlich Paulus zur Controllirung der Digesten dient; dies ist I 9, 2:

Qui minori mandauit, ut negotia sua agat, ex eius persona in integrum restitui non potest, nisi minor sua sponte negotiis eius interuenerit.

Bereits durch Huschke ist erkannt, dass hier der Text der Digesten (L. 24 pr. D. 4, 4) den Vorzug verdient:
quod si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit, restituendus erit, ne maiori damnum accidat.

Denn wer laut Auftrag thätig geworden ist, der ist niemals *sua sponte* eingetreten. Hier haben also die Westgothen einen Satz mit *nisi* in den ächten Paulus

erst hineingebracht, und man sieht, dass die Erlaubniss zu kürzen dieselben auch zum Einfügen unächter Bestandtheile veranlasst hat, insofern sie nämlich statt des ächten *a + b* das kürzere unächte *c* setzten.

Aehnliches kann auch im § 60 cit. vorgekommen sein; überdies ist § 60 ein *locus erraticus*, denn Paulus spricht erst von Immobilien, dann von Gesammtbegriffen, und speciell von Kostbarkeiten, wohin doch die *monilia* gehören würden, erst viel später (§ 84 ff.)¹⁾.

Scävola seinerseits gibt in den Digesta und Responsa Entscheidungen von Einzelfällen, während Paulus generelle Regeln aufstellt. Scävolas Entscheidungen sind in beiden Büchern eigentliche Reponsa im technischen Sinne, d. h. Rechtsbescheide auf Anfragen der am Prozess, sei es als Partei, als Anwalt oder als Richter, beteiligten Personen. Bei ihnen stellt sich nothwendiger Weise die Angelegenheit, die uns hier beschäftigt, anders als bei den generellen Regeln von Paulus. Was bei Paulus die Entscheidung für das *genus* ist, das ist bei Scävola principale Entscheidung. Was bei Paulus Entscheidung für Ausnahmsfälle wäre (*nisi testatorem aliud sensisse possit ostendi*), das wäre bei Scävola Entscheidung für eine unwahrscheinliche Eventualität des Specialfalles.

Es fragt sich nun, ob Scävola seinen Responsen solche Eventualentscheidungen beigefügt, ob er seinem Gutachten die Belehrung beigegeben haben kann, dass

¹⁾ Das *nisi voluerit pertinere* des § 48 ist hiermit nicht in Parallele zu setzen; denn damit ist nicht der Wille zu legiren gemeint, sondern der Wille, dass ein Slave zum *fundus* gehört, vgl. Papinianus in L. 12 § 37 D. 33, 7.

er zwar »nach bestem Wissen und Gewissen« Bescheid gebe, dass aber dieser Bescheid zurückzutreten habe hinter der Willensmeinung des Verstorbenen, wofern dieselbe aus Umständen erkennbar sei, welche sich der Wissenschaft des Respondenten entzögen. Soviel natürlich ist unzweifelhaft, dass andere *verba* des *testator* die früheren *verba* entkräften können, d. h., dass er im selben Testament und event. im Codicill das, was er vorher gesagt hat, authentisch erläutern, d. h. umstossen kann. Aber die Frage ist: würde ein Beweis aus gelegentlichen Aeusserungen im Stande sein, die Entscheidung, die der Jurist im *responsum* gibt, umzustossen? Dies möchte ich für das classische Recht verneinen, einmal, weil die Entscheidungen meistens definitiv sind und sodann, weil ein etwaiger Beweis dieser Art jedenfalls versucht worden ist, ehe man sich an einen Scävola wandte: letzteres that man nur, wenn man auf das Recht recurriren musste.

Ist im Allgemeinen der Wille des Testators so sehr das Entscheidende, dass alle Rechtswissenschaft ihm gegenüber blos widerlegbare Präsumptionen erstehen lässt, so ist diese ganze Frage für das einzelne *responsum* transcendent: es wäre völlig überflüssig, beim einzelnen Rechtsfalle eine Wahrheit hervorzuheben, welche gar nicht bezweifelt werden konnte, wofern sie eben nur überhaupt Rechtens war; in diesem Falle musste sie bei jedem einzelnen *responsum* hinzugedacht werden¹⁾, in einer Responsensammlung konnte sie vielleicht als Einleitung voranstehen, niemals aber den ein-

¹⁾ etwa wie die Wendung: „wenn nichts Anderes befohlen wird“.

zelnen Responsen angehängt werden; beim Redigiren jedenfalls musste der Herausgeber solche *superflua* ausmerzen.

Wenn wir nun den Scävola betrachten, wie er uns durch Justinian überliefert worden ist, also den angeblichen Scävola, so finden wir: mehrere hundert *responsa*, bei welchen von einem Gegenbeweis aus dem Willen des Testators nicht die Rede ist; daneben etwa zehn, bei denen ein solcher Gegenbeweis durch einen Satz mit *nisi* allerdings gestattet wird. Dies Resultat ist seltsam: denn, da wir es mit einer Responsensammlung zu thun haben, d. h. mit Responsen, die zum Zwecke der Herausgabe redigirt worden sind, so muss der Gedanke an eine zufällige Verschiedenheit in der Form aufgegeben werden, und wir müssten nach *argumentum e contrario* annehmen, dass in den übrigen Fällen, d. h. bei der übergrossen Mehrzahl der Anfragen Scävola von einem Gegenbeweis nichts habe wissen wollen, und solchen nur etwa bei einem auf hundert Fälle zugelassen habe.

Das ist aber an sich sehr unwahrscheinlich; denn die Fälle, in welchen man sich in Rom an einen Respondenten wandte, waren gewiss meistens zweifelhaft; war also ein Gegenbeweis aus dem Willen des Testators gestattet, so kam solcher Gegenbeweis viel häufiger in Frage, als bei einer so verschwindenden Minorität der Fälle. Ueberdies aber lässt sich nachweisen, dass Scävola da wo er jenen Zusatz über den Gegenbeweis nicht hat, keineswegs immer mit besonderer Sicherheit die Entscheidung gibt. Auch wo die Frage zweifelhaft ist und ihm zweifelhaft scheint, gibt er schliesslich einen defini-

tiven Bescheid, — (wofern er nicht überhaupt alle Antwort durch die Wendung ablehnt: *non de jure quaeritur*, oder *eum cuius notio est aestimaturum*)¹⁾.

Als besonders merkwürdige Beispiele hierfür seien hervorgehoben L. 41 § 3, 4 und 6 D. 32:

§ 3. respondit, non esse verisimile eam quae nihil aliud Felicissimo et Felicissimae nisi haec quae specialiter, legavit, ad filium, cui et hereditatis suae partem reliquit, legatum generali sermone transferri voluisse.

§ 4. Testamento pueros ita legaverat: Publio Maevio dominulo meo ab heredibus meis dari volo pueros quinque ex meis dumtaxat intra annos septem: post annos complures, quam fecit testamentum, moritur. quaesitum est, cujus aetatis Maevio mancipia debeantur, utrumne quae testamenti facti tempore intra septem annos fuerunt an quae mortis tempore intra eam aetatem inveniantur. respondit eam videri aetatem designatam, quae esset, cum a testatore relinquerentur.

§ 6. Legaverat per fideicommissum Maeviis ita: et quidquid in patria Gadibus possideo. quaesitum est, an, si quam suburbanam adjacentem possessionem haberet, haec quoque ex causa fideicommissi Maeviis debeatur. respondit, posse ad hanc quoque verborum significationem extendi. item quaesitum est, an²⁾

¹⁾ Vgl. Schirmer, Zschr. für Rg. N. F. Bd. 8 S. 166 und andererseits L. 13 § 1 inf. D. 33, 1; L. 31 pr. D. 34, 3. 2, 27 § 2 D. 33, 7.

²⁾ Vgl. noch L. 20 § 1 D. 34, 1; L. 34 pr. D. 33, 2, sowie L. 54 pr. D. 40, 4; L. 38 § 3 D. 32; L. 17 D. 34, 1; L. 80 § 12 D. 36, 1; L. 34 pr. D. 32.

Hier ist ihm, wie schon der Wortlaut sagt, die Sache nicht unbedenklich; aber an ihm ist es, sich zu entschliessen, und er entschliesst sich, ohne sich den Rückzug mit dem Willen des Testators offen zu halten¹⁾. —

Aus diesen Gründen ist es recht unwahrscheinlich, dass die Stellen, welche jetzt zur Besprechung gelangen sollen, durch Scävola selbst die Sätze mit *nisi* erhalten haben; ich glaube, dass diese Schlussätze vielmehr von Justinian auf seiner Jagd nach den Spuren des Willens angebracht worden sind; der Jurist gab sein *responsum* auf Grund der *verba*; der Byzantiner sicherte der *voluntas* die Entscheidung. Man muss sich nur immer vergegenwärtigen, dass diese Stellen aus Hunderten erlesen wären. Das Material ist folgendes:

Scävola.

I. Zunächst sind zwei Stellen anzuführen, die sich in den *Digesta* und *Responsa* identisch vorfinden:

¹⁾ Einem Missverständniss möchte ich gleich hier vorbeugen: wenn ich leugne, dass die *voluntas testatoris* schliesslich das entscheidende Wort zu sagen hat, so soll damit nicht verneint werden, dass der Wille des *testator*, wie er in neuen *verba*, z. B. einer Declaration am Schlusse des Testaments oder in *codicilli diu celati* (L. 3 D. 12, 6) zum Ausdruck kommt, maassgebend sein könne. Aber dann sind es eben die neuen *verba*, durch welche die alten *verba* besiegt werden, nicht die *voluntas*, wie sie etwa aus einem Privatgespräch mit Freunden erhellen kann. Der Wille muss sich eben in *verba* manifestiren; d. h. in Testament oder Codicill. Das Verhältniss ist ähnlich wie heute bei Gesetzen, wo nur der Wortlaut, nicht die Motive Gesetzkraft haben und eine authentische Declaration nur durch die Gesetzgebung möglich ist. Nur ist der römische Gegensatz zwischen offizieller und nicht offizieller Willensäußerung noch schärfer.

1. L. 21 § 1 D. 33, 1 = 1 L. 25 § 1 D. 35, 2. Es handelt sich darum, ob das Fideicommiss, mit welchem ein Legatar belastet ist, einen verhältnissmässigen Abzug erleidet, wenn das Legat durch die *Falcidia* vermindert wird. Justinian lässt den Scävola antworten:

(rsp.) secundum ea quae proponerentur non videri minutum, nisi si alia mens testatoris probaretur.

Die cursiv gedruckten Worte sind hier und in der Parallelstelle von Justinian; denn dieser hat ja die *Falcidia* selber von dem Belieben des Testators abhängig gemacht; warum sollte er dies hier nicht auch mit einer bestimmten Unterfrage aus dem Rechte der *Falcidia* thun? Dass Scävola selber gerade in diesem Fall von seiner Gewohnheit abgewichen sein und die Möglichkeit eines anderweitigen, maassgebenden Willens auf Seiten des Testators hervorgehoben haben sollte, ist äusserst unwahrscheinlich: denn es ist kaum möglich, sich vorzustellen, dass ein Testator bei der Abfassung seines letzten Willens schon daran denkt, dass die *Falcidia* den Legataren Abzüge wirklich bringt, und dass er nun nicht für den Fall des Eintretens der *Falcidia* positive Bestimmungen trifft, sondern seine *mens* etwa blos aus nachherigen Aeusserungen errathen lassen will¹⁾.

Ob der Legatar dem Aftervermächtnissnehmer einen solchen Abzug machen darf oder nicht, ist natürlich eine zweifelhafte Frage für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; und es ist nicht wunderbar, dass, nach

¹⁾ Scävolas wahre Meinung gegenüber dem Erblasser, der einen der *Falcidia* feindlichen Sinn hat, ergibt sich aus L. 27 D. 35, 2.

L. 32 § 4 D. 35, 2, Vindius, welchem Maecianus folgt, die von Scävola hier verworfene Meinung hat:

Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, cum ipse quoque quinque Sejo rogatus esset restituere, Vindius noster tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum ait, quantum Titio ex viginti detractum esset. *quae sententia et aequitatem et rationem magis habet, quia exemplo heredis legatarius ad fideicomissa praestanda obligabitur nec quia ex sua persona legatarius inducere legem Falcidiam non possit, idcirco quod passus esset non imputatum: nisi forte testator ita fidei ejus commisisset, ut totum, quidquid ex testamento cepisset, restitueret.*

Beachtenswerth ist aber, dass Justinian in dem Schlussatz auch hier wieder den Gegenbeweis aus dem Willen gestattet und so die Gegner einander nähert:

L. 21 § 1: Nein! d. h. wenn nichts anderes bewiesen wird. —

L. 32 § 4: Ja! d. h. wenn nichts anderes bewiesen wird. —

Dass der Schlussatz nicht von Vindius oder Maecianus ist, ergibt sich schon daraus, dass; wer 20 bekommt, von wegen der *Falcidia* nur einen Abzug von 5 erleiden kann, also immer 15 behält; sind ihm also 5 weiter auferlegt, so wird dies nie *totum quidquid ex testamento cepisset*. Wollte man das *totum* von einem Legat verstehen, das von vornherein ganz restituiert werden soll, so würde es ganz sinnlos; denn, wer 20 bekommen und 20 restituiiren soll, kann erst recht 5 abziehen, wenn sie ihm abgezogen sind!

2. L. 19 pr. D. 33, 1 = L. 20 § 2 D. 34, 1:

Eine Erblasserin legirt einen Niessbrauch und legt

dem Niessbraucher *ex reditu fundi* ein Rentenvermächtniss auf die Lebenszeit der Aftervermächtnissnehmer auf. Der Legatar stirbt vor den Fideicommissaren. Der *fundus*, aus dessen Erträgen die Renten zu zahlen sind, gelangt also ins freie Eigenthum des Erben zurück, und es kommt an Scävola die sehr begreifliche Frage, ob nun vielleicht der Erbe des ersten Testators die Renten weiterzuzahlen hat.

Die Frage wird verneinend beantwortet. Da fragt ein enttäuschter Rentenberechtigter noch an, ob vielleicht die Erben des Legatars weiter zahlen müssten, und hierauf soll nun Scävola antworten:

(rsp.) *nihil ab herede legatarii, nisi testatorem manifeste probetur voluisse etiam finito usu fructu praestari, si modo id, quod ex usu fructu receptum esset, ei rei praestandae sufficeret.*

Die cursiv gedruckten Worte scheinen mir auch hier sicher interpolirt: denn auch hier ist es ganz unnatürlich, dass der Testator sich den ganz unwahrscheinlichen Fall, der hier existent wird, so lebhaft ausgemalt haben soll, dass seine Willensmeinung für diesen Fall *manifeste* bewiesen werden könnte. Solche Rentenvermächtnisse werden zu Gunsten alter Diener (in Rom alter Freigegossener: Pamphilo et Sticho) auferlegt, von denen man sicher erwartet, dass sie den Belasteten nicht überleben. Daran, dass sie ihn doch möglicherweise überleben werden, denkt Niemand. Ferner aber ist es schwer glaublich, dass irgend Jemand die Absicht hat, oder auch nur für angemessen hält, dass die Erben des Niessbrauchers nunmehr, ohne ihrerseits die Revenüen zu geniessen, verpflichtet sein sollen, das, was der Niess-

braucher aus dem *usus fructus* gewonnen hat, herauszuzahlen. Davon will ich ganz absehen, dass sie dadurch möglicher Weise schwer belastet werden, wenn sie die beiden Diener auffüttern müssen; schon bei normalen Verhältnissen ist es ein jedem Gefühl widersprechendes Verlangen, dass sie Rechnung legen sollen über das, was ihr Erblasser aus dem Niessbrauch gewonnen (*receptum*) hat. Und wie, wenn er das bei Lebzeiten wieder verthan hat? Sollen sie dann befreit sein oder sollen sie noch einmal bezahlen müssen? Durch die Justinianische Bestimmung werden solche Vermächtnisse zu Danaergeschenken! Endlich aber dürfte ein classischer Jurist kaum die *Titia* einen *testator* genannt haben. Weniger Gewicht würde ich darauf legen, dass man streng genommen sagen müsste: Die Erben müssen zahlen soweit das *Receptum* langt, aber nicht, sie müssen zahlen wenn das *Receptum* langt, mit anderen Worten, sie müssen Alles herausgeben (bis zur Höhe der Renten), aber nicht, sie müssen die Rente zahlen, wenn das *Receptum* dazu hinreicht.

II. L. 41 § 15 D. 40, 5 schliesst eine Erörterung mit den Worten ab:

posse videri testatorem eos annos octo dilatae libertatis comprehendisse, qui computandi sunt a die testamenti facti *nisi aliud voluisse testatorem probaretur*.

Hier glaube ich, dass die Interpolation sich klar aus der Fassung des Satzes ergibt: wenn der Satz aus einem Guss wäre, d. h. von ein und demselben Verfasser herührte, so würde dieser Verfasser schwerlich geschrieben haben: *posse videri testatorem ... comprehendisse ..., nisi aliud voluisse testatorem probaretur*. Er musste

statt des zweiten *testatorem* nothwendig *eum* setzen. Ganz anders, wenn der Zusatz von einer späteren Hand herührt; eine solche konnte wohl einen stereotypen Ausdruck einschalten, wenn er auch in dem vorliegenden Fall unelegant war. Ferner passt zu dem *posse videri testatorem comprehendisse* der Zusatz *nisi probaretur* ganz besonders schlecht.

III. In L. 20 § 2 D. 33, 7 ist die Frage die, ob ein Haus *instructa* oder nicht *instructa* hinterlassen ist:

quae situm est, an *etiam domum instructam dari* voluerit. respondit, secundum ea quae proponerentur ita videri dedisse, *nisi is, a quo peteretur, aliud testatorem sensisse manifeste doceret*: at si habitationis, id est aedificii instrumentum legasset, non cedere servos operae aliive rei paratos.

Nachdem in allen den Sätzen *testator* das Subject gewesen ist, musste es hier ganz sicher *eum* statt *testatorem* heissen, und was bei L. 40 § 15 gesagt ist, gilt auch hier. Ferner passt die Schlussentscheidung von der *habitatio* mit ihrem *at* als Gegensatz gegen unsren Fall viel besser, wenn man eine stricte Bejahung als Gegenstück der stricten Verneinung hat, d. h. wenn man den cursiv gedruckten Satz für interpolirt hält.

IV. L. 16 § 2 D. 34, 1: Jemand hat seiner Freigelassenen Basilice ein bestimmtes Alimentenvermächtniss hinterlassen; ausserdem hat er *generaliter* allen männlichen und weiblichen Freigelassenen *Cibaria vestaria* u. *habitatio* hinterlassen. Participirt Basilice auch an dem Generalallegat?

respondit secundum ea quae proponerentur non deberi *nisi hoc quoque ei datum probaretur*. Claudius: quia

destinaverat alimentis eius usuras pecuniae, quas specialiter ei praelegaverat.

Hier tritt der Satz: Gegenbeweis vorbehalten, in der allerschlechtesten Form auf; denn wenn Basilice beweisen kann, dass auch dies ihr gegeben ist, dann freilich ist aller Streit vorbei; der incriminirte Satz spricht hier gar nicht einmal mehr vom Willen des Testators, sondern er ist ein überall mögliches, überall selbstverständliches und daher nie der Erwähnung bedürftiges Remedium. Ueberdies schliesst sich die Begründung von Tryphoninus viel besser an, wenn jener Satz wegfällt; endlich beweist L. 20 pr. D. 34. 1, wie Scävola hierüber wirklich dachte.

V. L. 18 pr. D. 33, 1 lässt einen Testator folgendes bestimmen:

praestari volo heredi ex reditu ejus fundi decem per annos singulos usque ad annos triginta quinque a die mortis meae. quaesitum est, cum heres a Titio institutus intra trigesimum quintum annum aetatis decesserit, an residui temporis fideicommissum ex verbis supra scriptis heredis quoque heredi debeatur. respondebit deberi, nisi ostendatur a libertis testatorem ad heredis trigesimum quintum annum respexisse.

Der cursiv gedruckte Satz ist nicht blos interpolirt, sondern höchst unglücklich interpolirt. Denn fraglich war blos, ob überhaupt dem Erben des Erben die Renten zu zahlen seien, nicht aber, ob, wenn das Lebensalter des Erben 35 Jahre betrage. In den Worten des Testators kann unmöglich eine Bezugnahme auf das Lebensalter des Erben gefunden werden; die 35 Jahre beginnen unzweifelhaft vom Tage seines Todes: zwei-

feln konnte man, ob sie mit dem Tode des Erben enden¹⁾.

VI. Mehrere Stellen beziehen sich auf das Legat der *dos*.

1. L. 17 pr. D. 33, 4. Gehört zu dem:

quidquid ei [sc. uxori] comparavi et quod mihi dedit auch die *dos*?:

respondit, verbis quae proponerentur videri et de dote legata loqui, *nisi aliud testatorem voluisse probaretur*. Die Schlussphrase ist hier wieder schablonenmässig und zwar ungeschickt eingefügt. Wieder passt nicht *testatorem*, und sollte wirklich auch das *verbis videri loqui* eine Ausnahme erleiden durch den Beweis anderer *voluntas*?²⁾

Im Anschluss daran sei gleich die Paulinische Stelle besprochen, die ein Referat aus Scāvola bringt, L. 16 D. eod. (33, 4):

Qui dotem a matre uxoris acceperat et stipulanti ei promiserat, testamento uxori dotem legavit. cum quae- situm esset, an uxor dotis summam consequi posset, respondit Scaevola non videri dari uxori, quod necesse sit matri reddi. alias sic respondit non videri (*nisi uxor manifeste docuisset*) eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare heredes duplii praestatione dotis vellet.

In Justinians Sinne muss die Stelle m. E. so gelesen werden, wie durch die Klammern angedeutet ist, und wie sie auch Merillius bereits gelesen hat; die jetzt

¹⁾ Vielleicht ist auch das Wort *aetatis* im Thatbestand ein vorjustinianisches Glossem.

²⁾ Vgl. über die Sonderstellung der *dos* auch Scāvolas Aus- spruch in L. 64 pr. ad Treb. (36, 1).

gangbare Interpunction, wonach zu *videri* ein *dari uxori*, *quod necesse sit matri reddi* zu ergänzen ist, zwingt zu der überaus unwahrscheinlichen Annahme, dass Scävola über einen so speciellen Fall zweimal consultirt wurde, und dabei verschieden respondirte. Liest man dagegen in Justinians Sinne so, wie es die Klammer andeutet, dann bleiben erstens beide Responsen in Harmonie, und man hat zweitens nicht nöthig, genau denselben Fall als Gegenstand des *alias responsum* zu denken. Denn, die eingeklammerten Worte als interpolirt angenommen, sagt Paulus nur, Scävola habe ein andermal gesagt, *non videri eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare heredes duplice praeestatione dotis vellet.* Und ein solches *responsum* ist uns erhalten, nämlich in L. 88 § 7 D. 31:

.... quaeritur, an ex substitutione, impubere mortuo, dos quoque iterum debeatur. respondit non videri de dotis legato duplicando testatorem sensisse.

Es erscheint als sehr leicht möglich, dass dies die Stelle ist, auf die Paulus sich bezieht.

Modestinus seinerseits spricht in L. 34 § 5 D. 31 ganz so wie Scävola es nach der hier vertretenen Auffassung thut, und sagt in der Begründung: *non est verisimile* (was wohl gleichbedeutend ist mit *non videri*) *patrem duplice praestatione dotis filium eundemque heredem onerare voluisse*, was wohl auch auf Scävola zurückzuführen ist, mit dessen von Paulus citirter Entscheidung es beinahe wörtlich übereinstimmt. Also auch hier nichts von einem Gegenbeweis; sondern, weil es nicht *verisimile*, dass die Verdoppelung gemeint sei, so hat die Tochter nur Anspruch auf das Einfache. — Beiläufig

sei bemerkt, dass bei Modestinus der Satz: *sic enim bis consequatur* nicht unverdächtig ist. —

Bei dieser Gelegenheit ist eine Abschweifung zu zwei anderen römischen Juristen unvermeidlich. In einem Fall, der dem hier vorliegenden sehr ähnlich ist, stehen sich in den Pandecten die Aussprüche Julians und Ulpianus gegenüber, nämlich in dem Fall:

cum pater pro filia sua dotis nomine centum promississet, deinde eidem centum eadem legasset . . .

Julian (L. 84 § 6 D. 30). entscheidet in Uebereinstimmung mit Scävolas erstem *responsum* (und, eine Interpolation angenommen, auch mit dem zweiten) aus der L. 16 cit., dass Tochter und Schwiegersohn sich einigen müssen: *ut alterutra actione contenti sint*, Ulpian in L. 29 D. 23, 3 will angeblich noch eine Unterscheidung machen:

valet legatum: dos enim ex promissione marito debetur, legatum filiae. *et si quidem hoc animo testatorem esse filia ostenderit, ut duplicaret ei legatum, habebit utrumque, dotem quam maritus persecutus fuerit et legatum ex causa legati. quod si alterutrum voluit habere . . .*

Dann folgt eine Ausführung, deren Gedanke mit Julian übereinstimmt. Der cursiv gedruckte Satz, der dem Julian widerspricht, hat Mängel über Mängel: 1. *esse* statt *fuisse*; 2. *duplicaret ei legatum*, was unsinnig ist, wie auch Mommsen durch die Conjectur *datum* bemerkt; 3. *persecutus fuerit*; 4. *legatum ex causa legati*; 5. endlich aber steht der Verfasser immer auf dem Standpunkt, als ob die Eheleute die *dos* schon hätten, (*persecutus fuerit*) und als ob sie dieselbe gemeinsam hätten, während doch zuerst zuzusehen ist, wie sie dieselbe bekommen, und während es römisch ist, zu unterscheiden,

was der Frau zugehören soll, und was dem Manne. Der Satz scheint mir ganz sicher interpolirt, umso mehr, da es ein eigenthümlicher Gedanke wäre, der Tochter noch einmal den Betrag der versprochenen *dos* in der Weise zu vermachen, dass nicht blos (wie bei Julian) zwei Actionen für denselben Anspruch, sondern wirklich zwei Ansprüche da sein sollten.

In L. 80 § 14 D. 30, 1 von Scävola vermag ich die Interpolation — abgesehen von *et hoc fuerit approbatum* — nicht zu erkennen; es ist auch bei dieser Stelle nicht eine Ausnahme gemacht für den Fall des gegentheiligen Wollens des Testators, sondern nur eine Präjudicialfrage dem concreten Belieben desselben überlassen; in der Hauptsache kommt dann die Entscheidung des Juristen ohne solche Verweisung; ähnlich, wie dies in einem andern Fall bei Marcellus in L. 123 pr. D. 30¹⁾ ist. Wenn man übrigens bedenkt, wie sehr Justinian die Dotallinstitution geändert hat, so ist die Möglichkeit nicht abzuweisen, dass hier an Stelle des *sensisset* auch irgend eine Specialdistinction gestanden hat. Jedenfalls spricht gegen die uns überlieferte Fassung, dass in L. 2 pr. und § 1, wo ganz ähnliche Verhältnisse besprochen werden, weder Ulpian noch Celsus von einer solchen Bezugnahme auf den Willen etwas wissen, und dass auch die Worte Julians *hoc tamen animo relictum*, (wenn sie ächt sind!) sich auf einen ganz andern Fall beziehen, als der

¹⁾ In L. 123 pr. ist der Satz *nisi diversum sensisse eum probaretur* ohne Zweifel Emblema, da die Befugniß, aus dem ersten Testamente das *debitum* zu verlangen, zunächst nicht durch das zweite genommen wird, und, diesen ersten Satz als ächt angenommen, der Schlussatz ganz überflüssig wird.

uns hier beschäftigt. — Ulpian's Entscheidung am Schluss der L. 2 ist genau die entsprechende wie hier bei Scävola, nur ohne die Bezugnahme auf den *sensus* des Erblassers. —

VII. L. 93 § 3 D. 32:

Quaesumus est, an quod heredes fratibus rogati essent restituere, etiam ad sorores pertineret. respondit pertinere, *nisi aliud sensisse testatorem probetur.*

L. 243 de V. S. (50, 10):

Scaevola respondit: semper acceptum est, ut libertorum appellatione etiam hi contineri intellegantur, qui eodem testamento vel posteriore loco manumitterentur, *nisi manifeste is a quo peterentur, contra defuncti voluntatem doceret peti.*

Diese Stellen stützen oder stürzen sich gegenseitig; bei der zweiten scheint mir die Interpolation sicherer nachzuweisen, weil dem stolzen Anfang *semper acceptum est* der kleinmüthige Schluss wenig entspricht, und weil *peterentur* und *peti* schlecht zusammen passt.

VIII. Eine Schwester soll für den einen wahnsinnigen Bruder und Miterben sorgen:

pro quo tibi usum fructum portionis ejus reliqui, donec mentis compos fiat et convalescat.

er stirbt im Wahnsinn. Ist der *usus fructus* erloschen? respondit, verbis quae proponerentur perseverare legatum, *nisi manifestissime probetur aliud testatorem sensisse.* (L. 32 § 6 D. 33, 2).

Hier tritt so recht zu Tage, wie das Rechtsverhältniss in sich selbst unlogisch wird, wenn man annimmt, dass schliesslich doch der Wille entscheidet. Denn, wenn »sonnenklar« bewiesen werden kann, dass der Erblasser dies oder jenes gewollt hat, und wenn dieser »in den

Motiven niedergelegte« Wille die *verba* bezwingt, wer wird da erst den Scävola fragen? Solche Anfragen an grosse Juristen sind doch nur denkbar, entweder nachdem ein Beweis aus dem nichtoffiziellen Willen missglückt, oder wenn ein solcher Beweis nicht gestattet ist! — Und wieder ist hier ausgesprochen: nach den Worten bleibe das Legat, wenn kein anderer Wille ist. Das ist aber unrichtig ausgedrückt; denn der Wille des concreten Testators ändert doch an der Bedeutung der Worte keineswegs etwas!

IX. Jemand verstösst zwei undankbare Freigelassene und *cibaria quae dabat praestare desiit*. Darauf macht er ein Testament und sagt (L. 88 § 11 D. 31):

quisquis mihi heres erit, omnibus libertis meis, quos hoc testamento manumisi et quos ante habui quosque ut manumittantur petii, alimentorum nomine in menses singulos certam pecuniam dato. quaesitum est, an Damae et Pamphilo fideicommissum debeatur. respondi secundum ea quae proponerentur ita deberi si hi qui petent manifeste docerent eo animo circa se patronum, cum testamentum faceret, esse coepisse, ut his quoque legatum dari vellet: alioquin nihil ipsis praestetur.

Abgesehen von den letzten vier Worten, die aus der Construction fallen, ganz überflüssig sind, und durch das *ipsis* noch mehr verdächtig werden, ist das cursiv Gedruckte vornehmlich dem Inhalt nach anstössig, weniger der Form nach: Wer nach geschehener Verstossung *omnibus libertis . . . et quos ante habui . . .* legirt, der nimmt doch nicht »im Zweifel« diejenigen aus, mit denen er sich veruneint hat. Es müsste nothwendigerweise ein

Zusatz im Testament sein, wie in anderen Stellen *prout quisque meruerit*, oder *qui sine offensa fuerunt*, oder allenfalls: *quae praestabam*. Formell ist das mehrmalige *hi* etwas störend.

X. In L. 18 D. 33, 7 theilt Paulus von § 4 ab einige *responsa* des Scāvola mit, die offensichtlich mit den Paulinischen *sententiae* parallel laufen. Zunächst sind sie ohne die Zusätze; im § 9 aber heisst es:

Cum fundus ita legatus esset: Maevio fundum Sejanum, ita ut optimus maximusque est, cum omni suo instrumento rustico et urbano et mancipiis quae ibi sunt et quaereretur, an semina deberentur, respondit (sc. Scaevola) verius esse deberi: *nisi aliud testatorem sensisse heres probaret*. idem respondit de frumento reposito ad mancipiorum exhibitionem.

Dagegen lautet die entsprechende Stelle der *sententiae* HI 6 § 43:

fundo cum omni instrumento rustico et urbano et mancipiis, quae ibi sunt, legato, semina quoque et cibaria debebuntur.

Woraus folgt, dass der cursiv gedruckte Satz ein ungeschicktes Einschiebel der Compilatoren ist.

Hierzu kommen noch die drei ähnlichen Stellen, die statt *probare* ein *adprobare* haben, und von deren Interpolirung ich überzeugt bin¹⁾.

¹⁾ Bei dieser Gelegenheit möchte ich näher eingehen auf die Einwendungen Schirmers, Zschr. f. R. G. N. F. Bd. 8 S. 155 ff., die sich hauptsächlich auf Stellen mit *adprobare* beziehen.

Schirmers Argumente gehen theils gegen die in dem angegriffenen Aufsatz Zschr. f. R. G. N. F. Bd. 7 S. 49 ff. von mir angewandte Methode, theils gegen einzelne Aufstellungen. Was die erstere Gruppe von Argumenten betrifft, so sei im Allgemeinen bemerkt: Jede richtige Methode muss zu richtigem Re-

Zum Schlusse dieser Ausführung sei noch eine allgemeine Anmerkung gestattet über die Stellung, welche m. E. den Interpolationsfragen gegenüber eingenommen werden sollte.

sultat führen, aber nicht nach jeder Methode wird dies Resultat gleich rein und schön sich darstellen. Das ist so in der Mathematik und auch bei der Auffindung von Interpolationen. Es gibt Fälle, wo die sprachliche Methode, die ich angewandt habe, das Resultat gewissermaassen ästhetisch angenehm vor Augen stellt, und zu diesen Fällen rechne ich namentlich: *pignoris causa tradere* bzw. *accipere* (über Geibs Einwand siehe den Schluss dieser Anmerkung) und *constitutum* bzw. *statutum tempus*: hier liegt in der sprachlichen Eigenheit zugleich der Gedanke der Interpolation. Anders steht es mit *adprobare*; auch wenn, wie ich wahrscheinlich zu machen suchte, *adprobare* = beweisen stets interpolirt ist, so ist dies nichts, woran man sich erfreuen kann; es ist ein Zufall; denn *approbare* heisst auch in der classischen Litteratur, obwohl, wie ich in dem angegriffenen Aufsatz bemerke, „viel seltener“ beweisen und insofern ist die Interpolation von *adprobare* eigentlich schon nicht mehr streng nach der von mir befolgten Methode gefunden. Der eigentliche Gedanke, der diese Interpolation beherrscht, ist vielmehr, wie ich glaube, im vorstehenden aufgewiesen. Die Compilatoren haben öfters den Juristenentscheidungen die beste Kraft genommen, indem sie Vorbehalte einfügten, die sich auf den Einzelwillen und seinen Beweis bezogen; zufällig bedienten sie sich dabei häufig des Wortes *adprobare*, was die Juristen wahrscheinlich nicht thaten. Dass das Wort *adprobare* = beweisen, recht gut legitimiert ist (Schirmer S. 157), habe ich von vornherein zugegeben. Ebenso gebe ich zu, und habe es nie bestreiten wollen, dass die lexicalische Methode bei *adprobare* nicht den eigentlichen Gedanken der Interpolation blosslegt, aber ich glaube durch *constitutum tempus* etc. früher gezeigt, und hoffe, durch *adimplere* etc. hier weiter dargelegt zu haben, dass diese Methode „zu sicheren Resultaten“ allerdings führen kann.

Wenn Schirmer bei den einzelnen Einwendungen gegen die Methode fragt, woraus man den regelmässigen Gebrauch erkennen soll, wenn nicht eben aus dem häufigen Vorkommen in den

Jede Behauptung, dass eine Stelle interpolirt sei, ist eine bewusste Abweichung von der Ueberlieferung; jeder Zweifel an der Classicität einer Pandectenstelle ist ein Zweifel an der Ueberlieferung.

Pandecten, so ist zu erwider: das Regelmässige ist der Feind des Häufigen, wie das Bessere der Feind des Guten; z. B. wenn *adprobare* sich 20mal in den Pandectenstellen findet, *probare* aber 200mal, so ist *probare* das Regelmässige, *adprobare* zwar häufig, aber entschieden das Unregelmässige.

Die Frage, ob es ein einheitliches, idelles Juristenlatein (Schirmer S. 156) gibt oder nicht, ist dabei unerheblich; denn die grössten individuellen Verschiedenheiten zwischen den einzelnen Juristen können nicht verhindern, dass die Juristen als Römer doch ein Römerlatein schreiben, und in diesem Römerlatein stehen sie dem mehrere Jahrhunderte späteren Byzantiner einig gegenüber. Um so mehr glaube ich mich einer Aeusserung darüber enthalten zu dürfen, ob es ein solches Juristenlatein gibt oder nicht, als von philologischer Seite kürzlich eine belehrende Schrift über diesen Gegenstand erschienen ist: Kalb, das Juristenlatein, worin gar manche Eigenart der Juristen im Gegensatz zu den Nichtjuristen nachgewiesen wird. —

Darauf zu achten, welcher der verschiedenen Fragmentreihen die Stelle angehört (Schirmer S. 156), wurde mir von allen Fachmännern gerathen, mit denen über Interpolationen zu sprechen die Gelegenheit sich bot, und ich war auch von selbst dazu entschlossen, so dass dieser Gedanke in der That wohl ebenso leicht zu fassen, wie schwer durchzuführen sein mag: denn ich wüsste nicht, dass irgend ein Resultat solcher Beobachtungen bereits vorliegt. Ob die Commission im Plenum interpolirte, oder die Subcommissionen, oder ob ein Decernent für Interpolationen war, das sind Fragen, die vielleicht erst dann zu beantworten sein werden, wenn ein ausgiebigeres Material von sicher erwiesenen Interpolationen vorliegt.

Was die Einwendungen gegen die einzelnen Resultate betrifft, so gebe ich zu, dass, wenn ich im fraglichen Aufsatz gesagt habe: der Zusatz *manifeste* zu *approbant* verräth die Hand der Compilatoren, dies zu bestimmt ausgedrückt ist. Aus der

Darum glaubt man solche Aufstellungen mit einem grossen Misstrauen aufnehmen zu müssen. Allein, was ist die »Ueberlieferung«? Die Florentina! Wer also Interpolationen behauptet, streitet wider die Florentina!

sehr richtigen Beobachtung Eiseles, dass die *manifestae probationes* statt einfacher *probatio* von den Compilatoren herrühren, hatte ich geschlossen, dass dies auch beim *manifeste probare* der Fall sei. Doch lässt sich nicht leugnen, dass auch die Classiker *manifeste* haben, und dadurch wird dies ohnehin nicht allein benutzte Argument noch unbedeutender.

Im Uebrigen aber muss ich Schirmer gegenüber an Allem festhalten, namentlich auch an der Unäclichkeit von L. 39 § 1 D. 4, 4. Hier sucht Schirmer den Eindruck der Einzelheiten, die mir auffällig waren, dadurch zu entkräften, dass er bei jeder verdächtigen Wendung nachweist, sie sei nicht unerhört. Das habe ich aber gar nicht behauptet, sondern nur gesagt: „hier spricht für die Unäclichkeit des cursiv Gedruckten 1 . . . 5.“; wären diese fünf Dinge sämmtlich beispiellos, so würde man sich doch anders ausgedrückt haben, z. B. „hier ist aus fünf Gründen unmöglich, dass ein Classiker der Verfasser ist, denn . . .“. Es sind diese fünf Absonderlichkeiten eben Indicien, und wenn fünf Indicien concurriren, kann man doch nicht den Beweis, der aus ihnen geschöpft wird, dadurch vernichten, dass man bemerkt, jedes Einzelne sei nicht ohne die Möglichkeit anderweiter Erklärung. Nicht jedes Einzelne sagt viel, aber zusammen sind sie sehr stark.

Was speciell *maluerit* betrifft, so bin ich in der glücklichen Lage, mich auf Kalb berufen zu können, dessen philologisch geschulter Sinn ebenfalls die Empfindung gehabt hat, dass *malle* = *velle* häufig interpolirt ist, und ebenso ist es mit der Schlusswendung; denn *constitutus* = seiend, wie Kalb trefflich die unlateinische (aber griechische: *καθεστηώς*) Wendung ins Undeutsche übersetzt, scheint ihm ebenfalls nicht geheuer. Wenn schon *malle* = *velle* verdächtig ist, so gilt dies um so mehr von der Form *maluerit*, die Justinian liebt, und ganz besonders von der Phrase *nisi* — *maluerit* (vgl. c. 22 § 1 a C. 6, 30; c. 6 pr. C. 6, 31; c. 32. § 5 C. 8, 34; c. 8 § 1 C. 6, 61; c. 1 § 1 C. 7, 15 und die interpolirten L. 64 § ult. D. 24, 3, wo *nisi* — *debet* sich mit dem

Hier liegt m. E. der Schlüssel zur richtigen Erkenntniss des Problems. Denn was ist die Florentina? Ein ausgezeichneter Zeuge dafür, dass Justinian etwas Bestimmtes in sein Gesetzbuch hineingebracht hat; und, wer be-

Vorhergehenden gar nicht verträgt, L. 5 pr. D. 5, 3 und L. 61 in f. D. 22, 4, über die ich nähre Erläuterungen oben (S. 73) gegeben habe, sowie L. 26 § 2 D. 30 und L. 10 in f. D. 33, 2. Aehnlich steht es mit *expensa*, das übrigens in L. 61 pr. D. 19, 2 auch interpolirt sein kann; denn wenn es fehlte, würde man das viel bessere *sumptus* ergänzen, das auch Paulus in der Parallelstelle L. 14 D. 44, 4 hat. — Ueberdies sind in L. 39 § 1 D. 4, 4 auch die verschiedenen *ei*, die sich auf verschiedene Personen beziehen, sehr schlecht.

Vielleicht hat Scävola geschrieben: *vix esse eum restituendum, maxime cum sit ei paratum promptum auxilium*. Alles Uebrige scheint mir nach mehrmaliger Prüfung immer noch sachlich und formell eines Scävola ganz unwürdig. In der von Schirmer herangezogenen L. 23 eod. ist der Satz *nisi si mandatu* etc. m. E. ebenfalls mit dem Thatbestande: *dominus minor, procurator majoris aetatis* ganz unvereinbar. Es ist aber, wie auch aus Eiseles Beobachtungen folgt, die Manier der Compilatoren, den Juristen erst reden zu lassen und ihm dann durch Sätze, die sich als Ausnahmen darstellen, eine Entscheidung unterzulegen, an die er nie gedacht hat, und darum scheint mir auch in Schirmers Anmerkung, dass in Justinians eigenen Constitutionen *nisi — approbetur* höchst selten vorkommt, kein unwiderstehliches Argument zu liegen; denn sich selber brauchte er ja das Concept nicht zu corrigiren, sondern konnte die Hauptsätze schon einrichten, wie er wollte.

Endlich führt Schirmer gegen meine Auffassung der L. 28 § 30 D. 34, 3 die Stellen mit *judicem aestimaturum* an. Scävola soll sich nicht auf diese Phrase beschränken, sondern „er giebt zugleich die Gesichtspunkte an, von denen der Richter sich bei seiner Würdigung des vorliegenden Verhältnisses soll leiten lassen“. (S. 160).

Wäre dies ausnahmslos richtig, so würde es doch kaum gegen mich beweisen; denn wenn auch, wie ich behaupte, in L. 28 § 3 cit. der letzte Satz unächt ist, so leugne ich damit

weisen will, dass Justinian Anderes wollte, als was in der Florentina steht, hat sehr viel gegen sich. Aber auch nur dafür ist sie ein ausgezeichneter Zeuge. Wenn

nicht, dass allenfalls von den Compilatoren ein in indirekter Rede stehender, von Scävola herrührender Satz, der solche Gesichtspunkte enthielt, gestrichen ist.

Aber es ist nicht ausnahmslos richtig; denn wenn Schirmer sagt: „in L. 15 § 1 D. cit. heisst: *eum cuius notio est, aestimatum*“ der Richter werde der Anfrage gemäss, in dem Sinne, in welchem diese gestellt sei, entscheiden. Das beweist schon die Note des Claudius: „*merito*“ so erlaube ich mir, zum Beweis des Gegentheils die Stelle hierherzusetzen: L. 15 § 1 D. 34, 1:

.... quaeſitum eſt, cum vivo testatore ſemper mancipia rufica tempore
meſſium et arearum delegata fuerint et eo tempore cibaria ex ratione
domini ſui nunquam acceperint excepto custode praedii, an heres ejus
quoque temporis, id eſt meſſis et arearum, et cibaria concubinae pro
mancipiis rusticis praestare deberet. respondit eum cuius notio eſt, aesti-
maturum. Claudius: merito: nam si eodem modo, quo apud testa-
torem fuerunt, et apud concubinam futura legavit, non debebuntur
ejus temporis, de quo quaeſitum eſt, cibaria: verum si velut in mini-
ſterium urbanum ab his transferuntur, debebuntur.

d. h. Scävola: Das ist *quaestio facti*. Claudius: Sehr richtig! Denn wenn *a* ist, muss man nein sagen, und wenn *b* ist, muss man ja sagen. —

Geib, *Actio fiduciae* und Realvertrag, Zschr. f. Rg. N. F. Bd. 8 S. 98, leugnet, dass L. 36 D. 41, 2 von der *fiducia* gehandelt haben kann, weil „der *precario* besitzende Schuldner nicht usurecipiren und sicherlich auch nicht ohne zu besitzen („nam cum possessio creditoris non impedit capionem“) der Fiduciant eine zur Zeit der Fiducia bestellung bereits begonnene Ersitzung vollenden kann.“ Dass er nicht usurecipiren kann, ist unbestreitbar; aber warum der nicht besitzende Fiduciant eine begonnene Ersitzung nicht soll vollenden können, ist nicht ersichtlich; denn es kann dies ja auch der nicht besitzende Pigneraticische Schuldner. Vielleicht wird erwidert: beim *pignus* besitzt der Gläubiger nur *ad interdicta*, der Schuldner *ad usu- capionem*; worauf ich fragen möchte, warum denn nicht bei der *fiducia* der Schuldner *ad usu- capionem* besitzen könne, ohne die Sache körperlich zu haben, gerade so gut wie beim *pignus*. Ja gerade wenn, wie Geib es meint, die *fiducia* in der Regel nicht.

wir sie aber auch wider die Wahrscheinlichkeit von Interpolationen auftreten lassen wollen, so müssen wir vorher noch über etwas Anderes klar werden: nämlich

mit Besitzübergabe verbunden war, erklärt sich das Usucapiren des Fiducianten so gut, dass die Spaltung des Besitzes bei dem *pignus* wohl auf die *fiducia* zurückzuführen wäre. —

Um der Meinung, L. 36 handle vom *pignus*, mehr Halt zu geben, sucht Geib die von mir gegen *pignoris causa accipere* bzw. *tradere* angeführten Gründe zu entkräften. Er führt eine Menge Redewendungen an, die neben *pignori accipere* bzw. *dare* in Gebrauch waren: *ius pignoris contrahere*; *pignoris titulo obligare*, *iure pignoris obligare*; *pignoris nomine obligare*; *pignoris nomine (causa) teneri*; *pignoris nomine dare*. Aber von allen diesen Wendungen ist mir höchstens *pignoris nomine dare* auffallend, was Marcian ad formulam hypoth. L. 37 D. 41, 2: *re pignoris nomine data et] possessione tradita deinde a creditore conducta convenit*, gebraucht hat. Aber auch dies nur auffallend, keineswegs gegen mich beweisend. Denn es ist eine selbständige Wendung, nicht die von der *fiducia*, und darum wird dadurch, dass Marcian einmal *pignoris nomine data* sagte, (wenn er es überhaupt sagte, und die Worte *r. p. n. data et* nicht vielmehr redaktionelles Einschiebesel sind) nicht im mindesten wahrscheinlicher, dass Julian 100 Jahre früher *pignoris causa tradita* sagte. — Die anderen Wendungen sind aber nicht = *pignori dare*, *accipere*, wenn wir sie auch mit „verpfänden“ etc. übersetzen; sie haben noch eine Nüance, die des *obligare*, der Haftung, während eine solche Nüance bei *pignoris causa tradere* und vollends *accipere* ganz und gar fehlt.

Eine eigenthümliche Stärkung für meine Ansicht gewährt noch die Thatsache, dass Geib selbst, obwohl in vorsichtiger Form, zugibt, dass L. 8 pr. D. 13, 7 und L. 50 § 1 D. 23, 3, die beiden einzigen Pandectenstellen, die ausser der unzweifelhaft fiduciarischen L. 16 D. 44, 7 den Ausdruck *pignoris causa tradere* bz. *accipere* haben, von *fiducia* handelten. Diese Beobachtung war, wie Geib bemerkt, bereits von M. Voigt, bzw. Ubbelohde ausgesprochen worden. Demnach würden also die Juristen nicht, wie Geib meint, „ein paar Mal“, sondern alle zusammen nur ein Mal den Ausdruck beim *pignus* gebraucht

darüber, welche Garantie uns Justinian dafür bietet, dass Scävola oder ein anderer Classiker den betreffenden Ausspruch gethan hat.

Wer Interpolationen bei Scävola behauptet, der leugnet nicht, dass die Florentina sagt, was Justinian will, sondern; dass Justinian sagt, was Scävola will. Und, wie wahrscheinlich oder unwahrscheinlich solche Aenderungen sind, das lässt sich *a priori* gar nicht beurtheilen. Wir wissen im Allgemeinen nur, dass derartige Aenderungen überhaupt vorkommen, wir wissen aus den einzeln erhaltenen Juristenwerken, dass sie häufig und einschneidend sind, wir wissen dasselbe aus den neueren rechtshistorischen Entdeckungen: wie häufig und wie einschneidend sie sind, das ist zur Stunde noch ungewiss. Man muss sich also zunächst daran gewöhnen, »mit den Interpolationen zu rechnen«¹⁾. Das

haben, der übrigens für die *fiducia* häufig, und gerade bei Julians Zeitgenossen und ihm selbst gut beglaubigt ist. Geib hat also mit folgenden Unwahrscheinlichkeiten zu kämpfen:

1. Ein *ἄναξ λεγόμενον*, welches sich bei Annahme einer Interpolation in einen gebräuchlichen Ausdruck auflösen würde.

2. Diese singuläre Wendung gerade in dem Buche des Julian, welches von dem Gegenstande handelt, auf den man sie bei Annahme einer Interpolation beziehen muss; denn L. 36 ist aus Julians 13. Buche der Digesta, und, um die Stelle auf das *pignus* beziehen zu können, muss man annehmen, Julian, der im 11. Buch das *pignus* bereits erörtert hatte, habe hier (wie das allenfalls in den Quästiones vorkommt) einen Abstecher auf anderes Gebiet gemacht, und noch dazu auf schon bekanntes.

3. Die Stelle handelt gerade von einem *fundus*, dem Gegenstande, der das eigentliche Object der *fiducia* war, und der zu Julians Zeit regelmässig fiduciirt, selten pignerirt wurde. —

¹⁾ Pernice, in der Recension von Mitteis, Individualisirung.

Misstrauen, das demjenigen gegenübertritt, der die Florentina oder eine andere gute Handschrift ändern will, ist daher den Interpolationen gegenüber nicht am Platze: denn es sind schon ungleich mehr und grössere Interpolationen bewiesen worden, als Versehen in der Florentina jemals auch nur vermutet wurden.

Wer z. B. behauptet, dass in einer guten Handschrift (wie die Florentina eine ist) ein *in* oder *non* aus gefallen sei¹⁾, hat eine ungeheure Wahrscheinlichkeit gegen sich, und muss gewichtige Gründe haben, wenn er auch nur einigermaassen dagegen aufkommen will. Wer aber eine Interpolation behauptet, der muss, wenn die Sache nur an sich selbst plausibel ist, d. h. wenn der Inhalt der Stelle durch eine Weglassung oder Aenderung sich wesentlich verbessert, nur wenige äussere Gründe beibringen, und das Schwergewicht neigt sich auf seine Seite: d. h. es wird wahrscheinlicher, dass die Stelle interpolirt, als dass dieselbe ächt ist. Von da bis zur Gewissheit ist natürlich ein weiter Weg, und ein noch weiterer bis zur Ausfüllung der durch die Entdeckung einer Interpolation etwa geschaffenen Lücke — gewissermaassen bis zu der Kunst des juristischen Pa limpsestlesens.

Also den Gedanken muss man bei Verfolgung der Interpolationen ganz unterdrücken, (denn er kommt unwillkürlich) als ob man die Florentina gegen sich hätte. Man hat nicht die Florentina gegen sich, sondern, um den Verfechtern der Aechtheit die Spitze bieten zu können, hat man nur zu beweisen, dass es wahrschein-

¹⁾ Wie z. B. Schirmer in dem Streit betreffend die Fragen der Zerschneidung des Testamentsfadens (Gajus II 59) thut.

licher ist, *in concreto* sei von der durch Justinian gegebenen Erlaubniss Gebrauch gemacht worden, als, dies sei nicht geschehen.

So seien denn hier einige Stellen von Scävola angeführt, in denen meines Erachtens ebenfalls wahrscheinlich ist, dass die namhaft gemachten Sätze, mit ihren saft- und kraftlosen Cautelen, den Compilatoren und nicht dem Classiker angehören.

L. 102 pr. D. 32 (unächt: *ea mente* und *ut — praestaretur*), L. 38 pr. eod. (unächt *si non* etc.), L. 11 pr. D. 26, 3 (unächt *nisi id quod* etc.), L. 47 § 1 D. 4, 4 (unächt *rescindi, nisi . . . empturus esset*) L. 48 D. 19, 1 (unächt von *quod si* an), L. 31 § 5 D. 34, 3 (unächt *si tamen mansit* bis zum Schluss), L. 18 pr. D. 34, 1 (*respondit, nihil proponi cur non*¹⁾ ist von Scävola; der Rest dürfte unächt sein), L. 38 § 6 D. 32 (unächt *utique si* bis zum Schluss) und L. 45 D. 38, 1 (*possit si nullam laesionem ex hoc sentiet patronus*²⁾). L. 20 § 1 D. 8, 5 (hier beweist namentlich der Schluss, dass der Satz: *sed si* bis *transire Emblema* ist); L. 21 § ult. D. 33, 1 (*intelligitur testator bis frater morte praeventus est*), L. 135 pr. de V. O. (*nisi aliud actum manifeste probaretur*), L. 44 D. 42, 1 (*nisi — est*), L. 22 D. 42, 8 (*nisi id — rescindi solent*). L. 37 § 5 D. 32 (die ganze Entscheidung von *scilicet an* ist nicht von Scävola), L. 39 pr. D. 32 (*sed cum* bis zum Schluss ist sehr anstössig). —

¹⁾ In mehreren Stellen scheint an den Entscheid *cur non?* mit dem Scävola sich öfters begnügt, von den Compilatoren einiges angehängt, so vielleicht in L. 19 § 1 D. 33, 1, auch in L. 41 pr. D. 40, 5; vgl. L. 45 D. 38, 1 cit.

²⁾ Vgl. L. 18 D. 37, 14.

Die Wahrscheinlichkeit der Interpolation ist nicht bei allen diesen Stellen ein und dieselbe; stets dürfte sie grösser sein als die für die Aechtheit; man muss eben nur berücksichtigen, dass, wer Interpolationen leugnet, nicht ebenso *fundatam intentionem* hat, wie derjenige, der den Text der Florentina vertheidigt. —

Bei den meisten citirten Stellen kann man sich der Eiseleschen Kriterien mit grösstem Vortheil bedienen.

Paulus.

Von den *responsa* des Paulus ist nicht so viel in die Pandecten übernommen, wie von denen des Scävola, dessen literarische Thätigkeit, wie es scheint, hauptsächlich der Sammlung und Herausgabe von Gutachten gewidmet war. Doch ist es immerhin eine stattliche Anzahl von Gutachten, die wir von ihm kennen, und es wiederholt sich hier das Schauspiel: im Allgemeinen keine Bezugnahme auf den Willen, der sich aus den Worten des Testaments nicht erkennen lässt, auch in zweifelhaften Fällen nicht; in verschwindend wenigen Ausnahmsfällen allerdings eine solche Klausel. Fragen wir, ob solche Paulus-Stellen interpolirt sind, so ist vor Allem im Auge zu behalten, dass wir aus Fragm. Vat. § 94 = L. 49 § 1 D. 24, 3 wissen, wie antastbar den Compilatoren die *responsa* des Paulus erschienen sind, ferner, wie wenig die incriminirten Sätze mit den *sententiae* des Paulus harmoniren; endlich sind auch solche Stellen, wie L. 19 § 1 D. 33, 7, nicht zu übersehen, wo Paulus Auslegungsfragen mit kühner Sicherheit entscheidet; ohne sich eine Hinterthür offen zu halten.

Zunächst sei eine Stelle angeführt, in der ein Gegen-

satz zwischen *verba* und *voluntas* statuirt zu sein scheint. L. 25 N. 1 D. 28, 2: Jemand setzt *quod in utero haberet neptis* als Erben ein, und die *rure agens neptis* kommt am selben Tage nieder. Hier sagt Paulus: *verba quidem testamenti ad eum pronepotem directa videri qui post testamentum factum nasceretur*; trotzdem soll die Einsetzung gültig sein. Doch ist dies nicht eine Unterordnung der *verba* unter die nicht officiellen Aeusserungen der *voluntas*, sondern blos eine freiere Auslegung der *verba* selber; hat also mit der hier vorliegenden Frage nichts zu thun. Die *verba* des Testaments drücken eben an und für sich einen Willen aus, vgl. L. 14 § 1 D. 29, 1 (Paulus):

... propter verba testamenti, quibus de reditu solo deducendo testator sensit.

Hierin gehört wohl auch L. 84 D. 35, 1 (*contra voluntatem petentes*) und L. 49 § 2 D. 29, 1 (*respondi intelligendum militem . . . ignorasse posse [Mommsen: per se]*) und ähnlich auf einem anderen Gebiet L. 54 § 1 D. 19, 2. (*Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo . . . si pensionibus paruerit.*)

L. 36 pr. D. 27, 1. (*Paulus: non est verisimile . . . testatorem voluisse . . . et ideo*¹). Wirkliche Ausnahmen beim Entscheid, die für den Fall eines anders

¹) Für die hier behandelte Frage unerheblich, aber sehr fragwürdig ist L. 63 D. 36, 1: *Paulus respondit his verbis . . . videri quidem magis quantitatem quam portionem hereditatis relictam, sed hic accipendum, uti videatur de uncia etiam restituenda sensisse.*

gearteten Specialwillens berechnet sind, und m. E. interpolirt, sind:

1. L. 86 § 1 D. 31:

Titius cum fratis filio fundos et urbana praedia legaret, in his et fundum Sejanum legavit, quem ipse pater familias quoad viveret uno quidem nomine universum habuit, sed quo facilius conductorem inveniret, per duas partes locabat, ita ut ex qualitate loci superiorem partem Sejanum superiorem, inferiorem autem partem Sejanum inferiorem appellaret. quaero, an is fundus totus ad fratis filium pertineat. Paulus respondit, si testator fundum Sejanum uno nomine universum possedit, [quamvis eundem diversis partibus locaverat], universum eum ex causa fideicommissi praestari oportere, nisi si heres de qua parte testator senserit, evidenter probaverit.

Der hier besprochene Fall ist für einen solchen Zusatz sehr ungeeignet, denn die Sache liegt so klar, dass man sich wundern muss, wie überhaupt desshalb eine Anfrage an Paulus gerichtet wurde. Dessenhalb ist es um vieles wahrscheinlicher, dass der Satz von den Compilatoren, als dass er von einem Classiker herrührt. —

2. L. 85 eod., also die unmittelbare Vorgängerin der eben besprochenen lautet:

Creditorem cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.

Paulus III 6 § 8 kennt keine solche Ausnahme, bezieht sich dagegen nur auf das Damnationslegat. — In der That müsste eine solche Ausnahme direct durch Worte des Testators, die im Testament stehen, be-

gründet werden; denn plausibel ist es nicht, dass ein Testator so gedacht hat. Dies angenommen, ist der Zusatz ganz überflüssig. — Er ist aber auch unjuristisch, weil das Wahlrecht zwischen *creditum* und *legatum* nicht erwähnt ist, das doch für den Fall des *compensare volens* praktisch würde.

3. L. 7 D. 34, 1 soll aus Paulus *responsa* herrühren und enthält nur die Worte: *nisi aliud testatorem sensisse probetur*. Allein selbst wenn sie wirklich im Wesentlichen von Paulus ist, — was keineswegs sicher ist —, so wird damit nicht bewiesen, dass sie sich bei Paulus auf einen Fall bezog, wie der, auf den sie als L. 7 im Anschluss an L. 6 geht. Nach Paul. sent. III 6 wird unsere Stelle bei Paulus von ganz anderen Dingen gehandelt haben.

Dies sind m. W. die einzigen Stellen aus Paulus' *responsa*, in denen auf den Willen des Testators in solcher Weise Bezug genommen wird.

Aehnliche Stellen, die ebenfalls interpolirt sein dürften, aber mit unserer Frage nichts zu thun haben, sind:

L. 40 pr. D. 29, 1. Frage: Gilt das Soldatentestament, das in *notae*, aber noch nicht in *litterae* aufgezeichnet war? Antwort des Paulus:

militibus quoquo modo velint et quo modo possunt, testamentum facere permissum est, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur.

L. 15 D. 37, 1:

Paulus respondit, petitionem matris solam non adquisisse filiae impuberi bonorum possessionem: *nisi is qui eam dedit evidenter voluit eam impuberi dare.*

Zweifelhaft ist L. 58 D. 21, 1 und L. 12 D. 22, 1,
wo Paulus vielleicht nur gesagt hatte:

plures condiciones continere eam stipulationem, et ideo
posse evitari poenam sequentiam pensionum.

Ganz zerrüttet scheint die aus den *quaestiones* ent-
nommene L. 33 D. 27, 1, sicher interpolirt L. 21 § 1
D. 32 aus den Sentenzen.

In L. 7 § 1 D. 18, 6 würde ich lesen:

Quod venditur, in modum agri cedere debet, [nisi id
actum est, ne cedere]; at quod non venit [in modum
cedendum si id ipsum actum est ut cedere] veluti viae
publicae limites, luci qui fundum tangunt¹⁾ [cum vero
neutrū dictum est] cedere non debet, et ideo nomi-
natim caveri solet, ut luci, viae publicae, quae in fundo
totae in modum cedant.

Doch sind dies Alles Vermuthungen, die mit dem
Thema direct nichts zu thun haben, und nur darlegen
sollen, wie weit sich meiner Ansicht nach eine auf alle
Classiker gleichmässig gelegte Interpolation erstreckt. —

Modestinus.

Auch von diesem Juristen sind sehr viele *responsa*
in die Pandecten aufgenommen, darunter folgende, die
der *voluntas* als Gegensatz der *verba* gedenken:

1. L. 63 § 1 D. 36, 1:

Quotiens non apparent, quis heres institutus sit, insti-
tutio non valet: quippe evenire potest, si testator com-
plures amicos eodem nomine habeat et ad designatio-
nem singulari nomine utatur²⁾. nisi ex aliis apertissimis

¹⁾ *veluti — tangunt* ist auch überflüssig.

²⁾ *et — utatur* ist zweifelhaft, weil ebenfalls ohne rechten
Sinn.

probationibus fuerit relevatum, pro qua persona testator senserit.

Hiergegen Paulus sent. III 4 § 3:

Quotiens non appareat, quis sit heres institutus, institutio non valet: quod evenit, si testator plures amicos unius nominis habeat.

Hier ist wohl ganz klar, dass das cursiv Gedruckte Interpolation ist; das wird äusserlich durch Paulus glaubhaft gemacht, und inhaltlich durch die Perversität des Gedankens: »Es ist nicht klar, wen er gemeint hat: — es müsste denn aus anderen Beweisen sich ergeben.« Solcher Zusatz ist dagegen sehr begreiflich, (wenn auch nicht zu vertheidigen) sobald die Compilatoren sich in dieser Sache im Allgemeinen im Gegensatz zu den Juristen wussten oder ahnten: dann beschränkten sie das *apparet* auf das, was es beim Juristen bedeutet, *sc. ex testamento*, und fügten für sich *nisi* . . . bei.

2. L. 8 D. 33, 10:

Cum quidam uxori sua legaverit domum cum suo jure omni . . . potiorum argentum non deberi, *nisi hoc quoque testatorem sensisse legatarius doceat.*

Man kann darüber streiten, ob nicht ein Jurist einmal eine *defuncta* einen *testator* genannt hat (mir ist es höchst unwahrscheinlich, dass er es je gethan haben sollte); aber dass er nie eine *uxor* einen *legatarius* genannt hat, das wird hoffentlich nicht bezweifelt werden. Ist dagegen der Zusatz überall gleichmässig von den Compilatoren angebracht, so erklärt sich auch das schablonenhafte *legatarius*.

3. L. 34 § 3 D. 31. Die Frage ist, ob die Sachen, die Jemand kurz vor seinem Tode ins *praetorium* der

Frau hat bringen lassen, dieser dann als Prälegat gehören, wenn er in dem nachher geschriebeneu Testament bestimmt hat:

in primis sciant heredes mei nullam pecuniam esse penes uxorem meam, sed nec aliud quicquam, ideoque hoc nomine eam inquietari nolo. Modestinus respondit, si ea quae in domum seu prætorium uxoris defunctus transtulit, praecipua ad eam pertinere voluit¹⁾, nihil proponi cur voluntate ipsius standum non sit. *necessè igitur habet mulier talem voluntatem fuisse testatoris ostendere: quod nisi fecerit, in hereditate mariti et haec remanere oportet.*

Es ist ein ähnlicher Fall, wie der des *legatum debiti*, wenn keine Schuld bestand; dort ist bekanntlich das Legat doch gültig (L. 25 D. 34, 3; L. 75 § 1 D. 30; L. 88 § 10 D. 31).

Die inhaltlichen und formellen Mängel des cursiv gedruckten Satzes sind in die Augen fallend — die Frage lautete: *an secundum verba testamenti . . .*

In ähnlicher Weise scheint auch der Schlusssatz *nisi — fecisse* in § 2 eod. interpolirt zu sein, der die Auslegung einer Handlung des Fideicommissars *inter vivos* betrifft. Für die vorliegende Frage ist dies gleichgültig.

Auch ist in den *regulae* noch eine Stelle, L. 32 § 6 D. 31, wo der Schlusssatz *nisi — ostenderit* wohl sicher unächt ist; vgl. auch L. 3 D. 2, 14; doch ist dies hier ebenfalls ohne Belang. —

¹⁾ Auch in dem Satz *si — voluit*, namentlich im Relativsatz, ist einiges auffällig, besonders das *domum seu prætorium*.

Marcellus.

Der *liber singularis responsorum* dieses Autors unterscheidet sich sehr wesentlich von den Responsenbüchern der Anderen. Er hat viel mehr Motive und Vergleiche, und nähert sich dadurch einigermaassen den *quaestiones* von Africarus.

Aeusserungen von ihm zu unserer Frage sind, ausser der schon erwähnten L. 123 pr. D. 30 noch L. 69 pr. § 1 D. 32 und L. 36 § 1 D. 35, 1.

In L. 69 stellt er den Satz auf: *non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem;* was danach eine Erläuterung in dem Beispiel des § 1 findet. Aber dies bezieht sich, wie L. 36 § 1 beweist, nur auf die Auslegung des Testamentes als eines Ganzen und auf die aus dem Testamente sich ergebende vermutliche Meinung des Testators: hatte er *an juvenes quos in ministerio habeo* hinterlassen, so muss der Richter entscheiden, was dieser Mann wohl unter *juvenes* verstanden hat; denn der Testator hat offenbar nicht eine bestimmte Altersgrenze im Sinn gehabt; in seinem Wort liegt schon, dass er nicht die *verbi significatio* meinte. Aber wohl zu bemerken ist, dass hier zuerst der *judex* kommt, und die Entscheidung des Juristen nur am Schluss subsidiär erwähnt wird, nicht umgekehrt erst der Jurist entscheidet, und dann mit *nisi* wieder die Sache auf den Erweis des Willens gestellt wird. Es sind dies schon Fälle, die sich dem *eum cuius notio est aestimaturum* des Scavola nähern (L. 69 § 1: *quos verbis quae proponerentur demonstrare voluerit testator, ad notionem ejus qui de ea re*

cogniturus esset, pertinere). Immerhin ist die Stellungnahme des Marcellus wohl etwas anders als die der vorher besprochenen Juristen.

Celsus.

Aus den *Digesta* dieses Classikers sind einige Responsen von ihm erhalten, bei denen die Compilatoren ihren Gegenbeweis vom Willen des Testators eingeflickt zu haben scheinen.

1. L. 14 D. 33, 2:

Duos separatis uti frui sinere damnatus heres communiter uti frui passus est: quaerebatur, an utriusque ex testamento teneretur. dixi teneri *si testator utrumque solidum habere voluit*. [nam ipsius onus est, ut solidum singulis legatum praestaret]: qua parte igitur alterum uti frui sineret heres, ea parte eum non sinere alterum uti frui, [ideoque per aestimationem unicuique quod deest replere debet]¹⁾.

Vergleicht man mit dieser angèblichen Behandlung des *sinendi modo* Legats auf der einen Seite Gajus II 215 und auf der anderen c. un. § 11 C. 6, 51 von Justinian (wie dies übrigens schon Huschke in der Jurisprud. Antejust. thut) so wird es unzweifelhaft, dass der Satz *si — voluit* interpolirt ist. Gajus II 215 erwähnt bei diesem Legat darüber einen Streit, ob, wenn es *duobus pluribusve disjunctim* hinterlassen ist, beiden *solidum debetur*, oder ob *occupantis melior condicio*: der Wille des Testators wird hier ebenso wenig erwähnt, wie sonst bei seiner Besprechung der Legate. Justinian da-

¹⁾ Das Eingeklammerte ist verdächtig, aber dies ist für die Hauptsache unerheblich.

gegen sagt (§ 11 b): der Erbe soll nicht mehr gehalten sein, dem Einen die Sache, dem Andern die *aestimatio* zu geben:

cum hujus modi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente suscepit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans
(§ 11 c.) Haec autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei singulis in solidum praestetur;

worauf denn L. 14 cit. durch Einfügung des Satzes *si — voluit*, und wohl auch durch Anhängung des Schlussatzes adaptirt wurde.

2. L. 22 D. 31:

Lucius Titius in testamento Publio Maevio militiam suam reliquit sive pecuniam quaecunque redigi ex venditione ejus potuerit, cum suis commodis: sed cum supervixit testamento Lucius Titius, militiam vendidit et pretium exegit et dedit ei cui illam militiam vel pretium ejus testamento dari voluerit: post mortem Lucii Titii iterum Publius Maevius vel militiam vel pretium ejus ab heredibus Lucii Titii exigebat. Celsus: existimo pretium militiae praestari non oportere: *nisi legatarius ostenderit testatorem et post factam solutionem iterum eum pretium militiae accipere voluisse*: quod si non totum pretium militiae, sed partem vivus testator legatario dedit, reliqui superesse exactionem; *nisi heres et ab hoc decessisse testatorem ostenderit*. onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet qui fideicommissum recusat.

Die Stelle gehört eigentlich nicht hierher, da eine *ademption legati* in Frage kommt.

Doch sei folgende Bemerkung erlaubt: in dem ersten der incriminirten Sätze ist auffällig, dass von einer *solutio* gesprochen wird, wo doch nichts geschuldet wurde, und das grundfalsche *eum*; im zweiten das unpassende *et*, und die Aenderung der *heredes* in einen *heres*; im Schlussatz die geschraubte Form und das *fideicommissum recusat*. Auch ist der Gedanke, dass der Testator, der den Preis an den Bedachten schon ausgezahlt hat, ihm noch einmal diesen Preis zukommen lassen will, im höchsten Maasse befreudlich. In c. 11 C. 6, 37 lässt noch Diokletian das Legat einer Dos schlechthin untergehen, wenn der Vater bei Lebzeiten die Dos ausbezahlt hat.

3. In L. 30 D. 31 hat jemand (*quidam*) einer Gemeinde für einen Weg *usque ad viam Aureliam* etwas hinterlassen, ohne zu bestimmen, wie viel. Ist das gültig?

Celsus: propemodum quidem imperfecta est haec scriptura: in tutelam Aureliae viae, quia summa adscripta non est: potest tamen videri tanta summa legata, quanta ei rei sufficeret: *si modo non appareat aliam fuisse defuncti voluntatem aut ex magnitudine ejus pecuniae aut ex mediocritate facultatum, quam testatrix reliquit. tunc enim officio judicis, secundum aestimationem patrimonii et legati, quantitas definiri potest.*

Celsus schwankt also zuerst, ob es überhaupt gültig ist, und meint dann, es sei die genügende Summe gemeint. Gar eigenthümlich ist die Ausnahme zu Gunsten eines armen Erblassers! Wer arm ist, wird wohl eine Summe anmerken. Thut er dies nicht, so ist doch eine Taxation durch den Richter etwas ganz Ungeheuerliches; wie soll denn ein Richter (noch dazu in Celsus' Sinn

der Geschworene) entscheiden, wie viel der Betreffende wohl gemeint hat! Und woher kommt die *testatrix*? Ist damit vielleicht Aurelia gemeint? Und ist nicht *qua testatrix reliquit* zu erwarten statt *quam*? Und *secundum aestimationem patrimonii et legati* ist doch ein sehr schiefer Ausdruck!

4. Ganz unerklärlich ist L. 24 § 8 D. 40, 5¹⁾), die sich im Widerspruch mit dem Sprachgebrauch befindet. In den Worten: *ne eum alienes, ne eum vendas*, soll, wenn *hoc animo fuerit adscriptum, quod voluerit eum testator ad libertatem perduci*, eine Freilassung liegen, und nach dem sicher unächten Schluss ist dies sogar zu präsumiren. Aber wer eine solche Bestimmung trifft, kann gar nicht dabei an eine Freilassung denken, das ist ganz unmöglich, und die übrigen römischen Juristen sprechen immer nur davon, ob der Sclave frei werden soll, wenn er doch verkauft wird. Vgl. L. 10 pr. eod., L. 12 pr. (Modestinus), L. 9 eod. (40, 5). L. 24 § 8, so wie sie überliefert wird, ist unverständlich. Es sei gestattet, folgende Möglichkeit zu entwickeln: Ulpian hatte die Frage vor sich: Der Testator sagt „*ne eum alienes*“ etc.; tritt dann, wenn der Erbe verkauft, die Freiheit ein? Dies hatte Ulpian mit Beziehung auf Celsus bejaht (*sed etsi ita scripsit „ne — vendas“ — idem erit dicendum; et ita Celsus libro XXIII digestorum scribit: non tantum enim verba fideicommissi [scil.: rogo, manumittas] sed et mens testatoris tribuere solet libertatem fideicommissariam*). Die Compilatoren müssen dies irrig dafür gedeutet haben, dass ein solcher Wunsch schon an und für sich eine

¹⁾) Vgl. S. 38.

fideicommissarische Freilassung sein könne (was er nie sein kann) und mussten dann freilich temperiren, durch Bezugnahme auf den Willen des Erblassers. L. 10 pr. (Marcellus) ist jedenfalls auch interpolirt, denn die Begründung *si ideo eos noluit venum dari, ut si veneant, ad libertatem perveniant* ist pervers; man kann *ea mente* oder *ita* den Verkauf verbieten, aber nicht *ideo ut*; auch ist als Gegenstück zu beachten, dass beim „*nolo alii quam tibi serviat*“ die Beziehung auf den Willen fehlt, und doch heisst es: *nam et*¹⁾.

In unserer L. 24 § 8 ist noch folgendes auffällig: *adscriptum* ist der gebräuchliche Ausdruck für die Ertheilung des Freiheitsfideicommisses, seltener eine blosse Abwechselung mit *scriptum*: darum ist es nicht das übliche, obschon nicht beispiellos, wenn: *si modo hoc animo fuerit adscriptum*, bedeuten soll: es ist in der Absicht eingefügt²⁾. Die Beispiele für den anderweitigen *animus* sind z. Th. anstössig, so das: *quia coercere voluit servum et cruciare, ne meliorem dominum experiatur.* *Cessare libertatis praestationem* ist unrichtig und kommt m. W. bei Ulpian sonst nie vor. Endlich aber ist zu sagen, dass derartige Bitten an den Erben eine eignethümliche Situation schaffen: es wird dem Erben gewissermaassen ein *modus* auferlegt; geschähe es zu Gunsten eines Freien, so hätte dieser seine Rechtsmittel;

¹⁾ Möglicherweise ist der Satz, der mit „*secundum haec igitur*“ (was auch zuviel ist) beginnt, ohne das s. h. i. direct hinter *venire nolo* zu transponiren.

²⁾ Nach den Stellen, welche die Lexica anführen, scheint *adscribere* nur dann so gebraucht zu sein, wenn ein Zusatz zu einer Hauptverfügung gemeint war, — was hier nicht ist. Vgl. die schöne Unterscheidung Papinians bei Ulpian L. 3 § 9 D. 34, 4.

es ist aber zu Gunsten eines Sclaven, darum steht auf Verletzung des *modus* die Freiheit des Sclaven als Strafe für den Erben: dies ist im Sinne des *testator* als allgemeine Regel aufgestellt, aber es kann schwerlich auf den Willen des *testator* im Einzelnen ankommen. —

Bemerkenswerth ist die Aeusserung des Celsus in L. 63 D. 30: *quod falsum puto et nec verbis nec voluntati defuncti accommodata haec sententia est* und die allgemeine Stellungnahme zu der Divergenz zwischen Servius und Tubero L. 7 § 1 D. 33, 10.

Gajus.

Aus formellen Gründen für interpolirt zu erachten, für unsere Frage nicht direct von Belang ist L. 15 D. 33, 4: *nisi aliud specialiter testator dixerit* (vgl. § 5 J. 2, 20); ebenso L. 65 § 2 in f. D. 30: *nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum* und L. 65 § 3 D. 36, 1. Responsa von Gajus gibt es bekanntlich nicht.

Ulpianus.

In Ulpians Responsa ist eine Stelle, L. 68 § ult. D. 32, welche allenfalls hierher gehört:

Praediis cum his enthecis, quae in ea possessione sunt, relictis mancipia quoque praediorum, cum illic testamenti facti tempore fuerunt, cedent, sed et quae postea accesserunt: *si modo hoc testator manifeste expressit.*

Indess ist *expressit* etwas anders als *voluit*; es bezieht sich auf die *verba* des *testator*; so dass diese Stelle ebenso wie L. 3 § 8 D. 34, 4 nur mehr durch den Inhalt des Satzes verdächtig wird. Ebenso verdächtig, weil völlig selbstverständlich, ist der Zusatz *nisi si aliud spe-*

cialiter actum esse proponatur in L. 33 pr. D. 21, 1. — Ebenfalls dürfte in L. 17 § 1 D. 30 *quod ita — testatoris Einschiebsel* sein, und in L. 32 § 4 D. 24, 1: *si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem.*

Interessant ist die Vergleichung von L. 12 § 44 und 45 D. 33, 7:

Celsus scribit servis qui in fundo morarentur legatis, vicarios eorum non contineri, *nisi appareat et de vicariis eum sensisse.*

Papinianus quoque libro VII responsorum uxori, cui vir omnia, quae in domo erant, ab herede filia praestari voluit, cautions debitorum emptionesque servorum non videri legatas, respondit, nisi, inquit, ex alia parte et de servis eum cogitasse apparuerit, scilicet ut eorum servorum ei legasse videatur emptiones, quos et ipsos voluit ad eam pertinere.

In dem m. E. interpolirten § 44 steht das *eum* ohne jede mögliche Beziehung, und der Gegenbeweis ist auf den nackten Willen gestellt. Ganz anders in § 45; hier ist *eum* der *vir*, und die Ausnahme die, dass *ex alia parte (sc. testamenti)* sich ergibt, er habe der Frau auch noch Sclaven selber hinterlassen; deren *emptions* (Kaufbriefe) soll sie dann mitbekommen. Auch ist immerhin zu berücksichtigen, dass auf *non videri legatas* ein *nisi appareat* besser passt, als auf ein *non contineri*.

Des Gegensatzes wegen bringe ich die Stellen hier unter Ulpian.

In L. 6 §§ 2, 3 D. 33, 8 scheinen die Zusätze *nisi voluntas* und *nisi — testantis* ebenfalls Emblema. In § 3 sind wohl noch weitergehende Interpolationen. Wenigstens ist *vicarii mei* befremdlich, da Ulpian kaum auf sich als auf einen Haussohn oder Sclaven exemplificirt

haben dürfte. Vielleicht ist blos: *et putamus contineri legato vicarii ejus peculium* darin ächt. — Endlich gehört hierher L. 11 § 12 D. 32.

Papinianus.

Dessen Responsen sind bekanntlich in der Form ganz anders, als die der übrigen Juristen. In L. 87, 90 D. 30 heisst es:

Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque relinquit. durissima sententia est existimantium denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate: non enim impugnatur iudicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. (L. 90). Quid ergo si ita legaverit „hoc amplius filio meo“ non dubie voluntatis quidem quaestio erit, sed non absimilis prioris casus circa filii providentiam *nisi evidens voluntas contraria patris probetur*.

Schwerlich wird Papinian auf die *voluntatis quaestio* noch ein *nisi — probetur* haben folgen lassen. — Vgl. L. 17 D. 28, 3: *si praeteritus* bis zum Schluss. —

Julianus.

Sicher interpolirt ist L. 17 § 2 D. 40, 4:

Post annos indistincte liber esse jussus post biennium liber erit: idque et favor libertatis suadet et verba patiuntur: *nisi si aliud sensisse patrum familias manifestissimis rationibus is a quo libertas relicta est probaverit*.

Der letzte Satz ist schon deshalb unlogisch, weil die *verba* auf alle Fälle das Freiwerden nach zwei Jahren zulassen, auch wenn noch so sehr bewiesen wird, dass

der Testator etwas Anderes meinte. — Wahrscheinlich unächt ist der Schluss von L. 10 D. 33, 2. —

Nach diesen Ausführungen, die nur, was Scavola, und die *Responsa* von Paulus und Modestinus und die *Digesta* von Celsus betrifft, auf Vollständigkeit Anspruch machen, erübrigत noch die Erwägung, was wohl die Compilatoren bewogen haben kann, in der Weise, wie es geschehen zu sein scheint, zu interpoliren.

Die (von Schirmer aufgeworfene) Frage, ob sie wohl überhaupt je ohne Grund interpolirt haben, dürfte jetzt noch kaum beantwortet werden können; eins scheint mir aber sicher: auch wo wir einen Grund für die Interpolationen nicht erkennen, dürfen wir keineswegs schliessen, dass ein solcher nicht vorlag; er kann vorgelegen haben und sich unserer Kenntniss entziehen. Ist es nicht ein blosser Zufall, dass wir L. 25 D. 19, 2 durch die Institutionen, den Codex und Gajus controlliren können? —

Im vorliegenden Falle ist eine genügende Erklärung für dies häufige Einstreuen der Gegenbeweis-Sätze dadurch gegeben, dass eben Justinian mehrfach sein Bestreben, die *volutas* (und nicht die *verba*, wie er dies einmal ausdrücklich sagt) zu befolgen, an den Tag gelegt hat. Dies Bestreben ist sogar vielleicht wirklich ein dem *αὐτοκράτωρ Τιβονιανός* selbst eigenthümliches, nicht blos eine vom Kaiser gezeichnete Tribonianische Errungenschaft; — es wäre ganz leicht denkbar, dass Justinian, der doch unzweifelhaft selbst juristisches Interesse in reichem Maasse besass, solche allgemeine Ideen angab, wie die, dass man den Willen und nicht die Worte befolgen soll: unter dieser Voraussetzung

wäre es sehr natürlich, dass die Compilatoren sich beeilten, ähnliche Vermerke in den Pandecten anzubringen, wo es passte und wo es nicht passte. —

Diese Hypothese würde die vielen Interpolationen bestens befürworten; nothwendig zur Erklärung derselben ist sie natürlich nicht.

§ 21. 2. *Animus novandi*.

Beim *animus novandi* kann die Darstellung wesentlich kürzer werden. Denn es ist bekannt, dass Justinian (in c. 8 C. 8, 41 vgl. § 3 J. 3, 29) über den *animus novandi* ein Gesetz erlassen, und in Folge dieses Gesetzes häufig die Worte *novandi animo* oder *cum id specialiter agit*, oder *si novandi animo hoc fiat* u. Ähnl. in die Pandecten eingefügt hat.

Ganz sicher interpolirt sind LL. 26, 29, 31 pr. D. 76, 2; L. 8 § 1, 2, 5 sind nicht so unzweifelhaft, aber m. E. doch höchst wahrscheinlich interpolirt. —

Justinian sagt in den Institutionen l. c.: *per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant*. Diese *praesumptiones* waren aber gewiss auf äusserliche und formelle Kriterien gestützt. Nach der Form der Stipulation, nach deren äusserer Erscheinung, den Worten bestimmte man, ob die Wirkung der Novation einzutreten habe, nicht nach einem Einzel-*animus*, z. B. L. 6 pr. D. 46, 2 (Ulpianus libro 46 ad Sab.):

Si ita fuero stipulatus, quanto minus a Titio debitore exegisset, tantum *fidejubes* [Ulp. wohl spondes?] non fit novatio, quia non hoc agitur, ut novetur.

Diese Form, diese *verba* zeigen, dass kein *animus novandi* vorliegt; es ist nicht Gegenstand eines Einzelbeweises, ob ein *animus novandi* bei den Contrahenten war, oder nicht.

Aehnlich scheint es auch in L. 28 D. 46, 2 (Papianus libro II definitionum):

Fundum Cornelianum stipulatur quanti fundus est postea stipulor: *si non novandi animo secunda stipulatio facta est*: cessat novatio: secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio jure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur . . .

In der ganzen Erläuterung wird kein Bezug genommen auf den Fall, der weglebt, wenn man die cursiv gedruckten Worte auf Justinians Rechnung setzt. —

Wie eigentlich im Einzelnen die Stellung der Clas- siker zu der Frage war, lässt sich jetzt wohl nicht mehr herausfinden; eins scheint mir klar: die Classiker sahen mehr auf die *verba*, Justinian mehr auf den *animus* im Einzelfall, und von letzterem Gesichtspunkte aus sind die Pandecten interpolirt.

§ 22. 3. Per quas personas nobis adquiritur.

Für wen der Sclave erwerben soll, ist eins der feinsten Probleme im römischen Recht. Die Entscheidung richtet sich theils nach dem Recht am Sclaven, theils nach den Auslagen, welche das ökonomische Aequivalent für den Erwerb bilden, theils nach der Aussage (*verba*) des Sclaven beim Erwerbe, an deren Stelle nach mancher Juristen Ansicht auch der Befehl eines Herrn bedeutsam werden kann (*güssum pro nomine accipimus*).

Doch ist natürlich die erste Maxime die hauptsächlichste, so dass, wenn der Slave im ungetheilten und unverkürzten Eigenthum eines Herrn steht, er nur für diesen erwirbt.

Eine Stelle in den Pandecten setzt sich mit dieser Regel in Widerspruch und bezeichnet noch die *voluntas* des Slaven als ein Erforderniss für den Erwerb. Dies ist L. 1 § 19 D. de poss. (41, 2) von Paulus. Die Stelle steht am Schluss einer ziemlich langen Abhandlung über den Besitzerwerb durch Slaven (§ 5 bis 19), in welcher Erörterung nur einmal auf den Willen des Slaven Bezug genommen wurde (in § 7)

Per communem sicut per proprium adquirimus, etiam singuli in solidum, *si hoc agat servus, ut uni adquirat, sicut in domino adquirendo*.

§ 19: Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem: nam si jubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio.

Die Gründe, aus denen der Paragraph mir interpolirt scheint, sind folgende: Einmal, wie schon erwähnt, ist eine solche Bezugnahme auf den Willen des Slaven beispiellos.

Zweitens würde die Frage, ob durch den *servus fugitivus* Besitz erworben werde (§ 14), auch nicht einmal aufgeworfen werden können, wenn der Wille des Slaven, für den Herrn Besitz zu erwerben, nötig wäre. Zwischen § 14 und § 19 besteht ein vollkommener Widerspruch.

Drittens ist die nachhinkende Einschränkung im § 19

nach mancher Hinsicht incorrect: Paulus sagte vorher nicht: *Jubeas servum tuum possidere*, sondern: (§ 10) *miseris ut possideas*, (§ 11), *miseris ad possidendum* (§ 13) *jusserit ire in possessionem*.

Offenbar ist es correcter, den Befehl zur Besitzergreifung zu ertheilen, als den zum Besitz; auch werden die Beispiele bei Paulus vorher und nachher im *futurum exactum* gegeben (vergl. auch § 21), nicht wie im § 19 ohne *consecutio temporum*. — *Nolit Tibi, sed potius titio adquirere* steht für *non tibi sed potius titio adquirere velit*. — *Non est tibi adquisita possessio* ist durchaus singulär statt der im Vorhergehenden ausschliesslich angewendeten activen Ausdrücke.

Sehr zweifelhaft ist auch, ob im § 20 die cursiv gedruckten Worte von Paulus sind; bei ihnen ist namentlich das *cum ea mente* auffallend:

Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. *cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere.* alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, *qui nostro nomine accipiunt*, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Beilage I.

Parallelstellen aus dem Westgotischen Paulus einerseits und den Digesten, der Collatio, Consultatio andererseits. (S. 17 u. 173).

Paul. sent.:

I 1, 2: Omne pactum posteriore Cons. 4, 4: In bonae fidei
pacto dissolvitur, licet pariat contractibus pactum con-
exceptionem. ventum alio pacto dissol-
vitur, et licet exceptio-
nem pariat, replicatione,
tamen excluditur.

(Die Westgothen haben
gekürzt.)

I 4, 3: Si pecuniae quis nego- L. 36 § 1 D. 3, 5 . . si pec-
tium gerat, usuras quoque cuniae quis negotium ge-
totius temporis praestare cog- rat, usuras quoque prae-
gitur et periculum eorum stare cogit, et periculum
nominum quibus collocavit eorum nominum quae
agnoscere, si litis tempore ipse contraxit: nisi fortui-
solvendo non sint: hoc enim tis casibus debitores ita
in bonae fidei indiciis ser- suas fortunas amiserunt,
vari convenit. ut tempore litis ex ea
actione contestatae sol-
vendo non essent.

(Die Byzantiner haben interpolirt.)

I 9, 2: Qui minori mandavit, ut L. 24 pr. D. 4, 4: . . quod
negotia sua agat, ex ejus si minor sua sponte ne-
persona in integrum restitui gotiis majoris intervenie-

non postest, nisi minor sua
sponte negotiis ejus inter-
venerit.

(Die Westgothen haben in widersinniger Weise
abgekürzt, vgl. Huschke ad h. l.).

I 9, 5: Minor se in his, quae In L. 48 pr. D. 4, 4 ist
fidejussit vel fidepromisit vel natürliche *vel fidepromisit*
sponpondit vel mandavit, in *vel sponpondit* gestrichen
integrum restituendo reum worden.
principalem non liberat.

II 23, 5: Superstite eo qui ma-
trimonii tempore donaverat,
ante decedente cui fuerat
donatum, id quod donatum
est penes donatorem re-
manet.

L. 8 D. 34, 5: Si inter vi-
rum et uxorem donatio
facta fuerit, priore de-
functo cui donatum est, ad
eum res redit qui donave-
rat: quod si simul tam
is cui donatum est quam
is qui donaverit, quae-
stionis decidenda gratia
magis placuit valere do-
nationem, eo maxime,
quod donator non super-
vivat, qui rem condicere
possit.

Der Anfang in der Pandectenstelle ist wohl sicher
aus redactionellen Gründen geändert. Der Schluss-
satz ist zweifelhafter, doch glaube ich, dass auch
dieser von den Byzantinern herrührt.

II 26, 8: Eum qui in adulterio deprehensam uxorem non
statim dimiserit, reum lenocinii postulari placuit
stimmt mit Coll. IV 12, 7 genau überein.

III 6, 15: Qui se filio testatoris L. 18 § 1 D. 48, 10: Qui
impuberi tutorem adscrip- se filio testatoris impu-

serit, ut suspectus a tutela removendus est, ad quam ultra videtur affectasse.

Die Digesten sind wohl sicher zurechtgemacht, in der Absicht, auch den speziellen Fall, den Papinian in L. 29 D. 26, 2 entscheidet, unterzubringen.

beri tutorem adscripsit, etsi suspectus esse praesumitur, quod ultra tute-
lam videbitur affectasse,
tamen, si idoneus esse
adprobetur, non ex testa-
mento, sed ex decreto
tutor dandus est. nec ex-
cusatio ejus admittitur,
quia consensisse videtur
voluntati testatoris. —

IV 8, 20 = Coll. XVI 3, 20, nur steht statt *lex . . sine ulla discretione sexus cognatos admittit* der Coll. bei den Westgothen *nulla*.

IV 9, 3, 4: 3. Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.
4. Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit.

L. 14 D. 1, 5: Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus. et ideo inter liberos connumerabitur.

Die Beziehung auf das *jus trium liberorum* ist von den Byzantinern verwischt, die nur an den *status hominum* denken.

V 1, 1: idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt, ex quo facto sciens creditor deportatur.

L. 5 D. 20, 3: creditor, qui sciens filium familias a parente pignori accepit, relegatur.

Die Digesten geben einen umgestalteten Auszug.

V 3, 3: aedes alienas-villasque. L. 11 pr. D. 48, 6: a. a. aut si quidem id turba cum te- villas . . . si quid in tur- lis coacta fecerint, ba cum telis fecerint. —

Im Uebrigen völlig gleich. Die Digesten haben kleine Textesverstümmelungen. —

V 4, 5: völlig gleich mit L. 1 pr. D. 47, 11.

V 4, 13: . . . in injuriam publi- L. 1 § 1 D. 47, 11: ad in- cam contaminaverit juriā publicam conta- Sonst ganz gleich. minaverit.

V 4, 14: Qui puerō praetextato L. 1 § 2 D. 47, 11: Qui stuprum aliudve flagitium puerō stuprum abducto abducto eo . . . persuaserit, eo . . . persuaserit, aut mulierem . . . quidve pu- mulierem . . . quidve im- dicitiae corrumpendae gra- pudicitiae gratia fecerit .. tia fecerit, . . capite punitur. punitur capite.

Sicher haben die Byzantiner absichtlich *praetextato* weggelassen, wahrscheinlich auch die übrigen Verschiedenheiten hineingebracht.

V 4, 18: Convicium judici ab L. 42 D. 47, 10: Judici ab appellatoribus appellatoribus convi- Sonst identisch; die Um- cium stellung ist Redaction der Byzantiner.

V 11, 6: Ei qui aliquem a la- L. 31 § 1 D. 39, 5: Si quis trunculis vel hostibus eri- aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et ali- puit, in infinitum donare quid pro eo ab ipso acci- non prohibetur (si tamen donatio et non merces exi- piat, haec donatio irrevo- mii laboris appellanda est), quia contemplationem salu- cabilis est: non merces eximii laboris appellanda

tis certo modo aestimari non placuit. — est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit.

Die Pandectenstelle ist natürlich interpolirt, um die Spuren der *Cincia* zu tilgen. —

V 12, 1: . . . ordinariae successioni relinquuntur. L. 45 § 2 D. 49, 14: suae successioni relinquuntur.
Im Uebrigen identisch.

V 12, 8: Imperatorem litis causa heredem institui invidiosum est: nec enim calumniandi facultatem ex principali maiestate capi oportet. — L. 92 D. 28, 5: Imperator rem litis causa heredem institui invidiosum est, nec calumnia facultatem ex principali majestate capi oportet.

Durch Umgestaltung eines einzigen Wortes haben die Byzantiner den Paulus in barbarische Form gebracht.

V 12, 9: . . . heredem imperatorem facturum. L. 31 D. 28, 1: . . imperatorem facturum heredem.

Ein mit Ausnahme dieser Umstellung wortgetreues Bruchstück ist in die Pandecten aufgenommen.

V 12, 11: . . . ex authenticō conveniendus est et, si contractus fides possit ostendi: ceterum calumniosam scripturam vim justae petitionis in judicio obtinere non convenit. L. 4 D. 22, 2 hat *et ita si . . . und lässt justae petitionis fort,* sonst ist der ganze Paragraph identisch.

V 14, 2: . . . qui timidior et teneris aetatis esse videatur. L. 18 pr. D. 48, 18: . . qui timidior est vel teneris aetatis videtur.

Sonst gleichlautend; der Vorzug gebührt wohl dem westgotischen Texte.

V 15, 1: Suspectos gratiae (g. L. 24 D. 22, 5: Testes eos fehlt in der Coll. IX 3, 1) quos accusator de domo testes et eos vel maxime, produxerit, interrogari quos accusator de domo non placuit. produxerit, vel vitae humilitas infamarit, interrogari non placuit: in teste enim et vitae qualitas spectari debet et dignitas.

Die Digesten haben einen Auszug aus Paulus.

V 15, 2, 3: völlig identisch mit Coll. IX 3, 2 u. 3.

V 15, 5: Qui falso vel varie testimonia dixerunt vel utriusque parti prodiderunt, aut in exilium aguntur aut in insulam relegantur aut curia submoventur. L. 16 D. 22, 5: Qui falso vel varie testimonia dixerunt vel utriusque parti prodiderunt, a judicibus competenter puniuntur.

Ebenso Coll. VIII 3, nur dass dort *Hi qui* statt *qui* und *falsum vel aliqua* statt *falso vel varie* steht. Es ist also ganz sicher, dass L. 16 interpolirt ist.

V 16, 2: Judex tutelaris itemque centumviri, si aliter de rebus hereditariis vel de fide generis instrui non possunt, poterunt . . . habere quaestionem. L. 18 § 4 D. 48, 18: Judex cum de fide generis instrui non potest, poterit . . . habere quaestionem.

Die Pandectenstelle ist modernisirter Paulus.

V 16, 4: neque enim oportet in rebus dubiis salutem domi- L. 18 § 5 D. 48, 18: nec enim oportet salutem do-

norum servorum arbitrio minorum servorum arbitrio committi.

Das *in r. d.* ist offenbar absichtlich weggelassen.

V 16, 8: wörtlich gleichlautend mit L. 18 § 6 D. 48, 18.

V 22, 1; 23, 14; 25, 7, 8, 10 sind = L. 38 § 2, 5, 7—9

D. 48, 19. Hierbei sind kleine Textesverschiedenheiten:

22, 1: actores seditionis et tu- L. 38 § 2: actores seditionis
multus vel concitatores nis et tumultus populo
populi concitato
in crucem in furcam
in insulam deportantur. insulam deportatur.

23, 14: etsi id dolo non fa- L. 38 § 5: etsi dolo non
ciant faciant
quod si ex hoc . . . perierit. quod si eo . . . perierit.

25, 7: poena legis Corneliae L. 38 § 7: poena Corneliae
aut humiliores in metal- humiliores aut . . .
lum damnantur aut ho- . . .
nestiores in insulam de-
portantur.

V 25, 8: Si quis instrumenta L. 38 § 8: Si quis instru-
utilitatis suae a procuratore
vel cognitore adversario pro-
dita esse convicerit, tam
procurator quam cognitor,
si humiliores sunt, in me-
tallum damnantur, si hone-
stiores sunt, adempta dimi-
dia parte bonorum in per-
petuum relegantur.

Den Cognitor haben die Byzantiner natürlich be-
seitigt. Ob aber ihr *litis* richtiger ist, oder das ent-
sprechende *utilitatis*, ist zweifelhaft.

V 25, 10: . . . quicumque . . . pro- L. 38 § 9: . . . quicunque . . .
diderit: pro persona ejus prodiderit: prout perso-
condicione . . . nae condicio est . . .
in insulam relegatur. in insulam deportatur.

Sehr zweifelhaft, ob *relegatur* oder *deportatur* richtig; wahrscheinlich sagte Paulus *pro . . . condicione*, und nicht *prout . . . condicio est*.

V 28: wörtlich übereinstimmend mit L. 38 § 10 D. 48, 19.

Hiernach haben in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Byzantiner die jedesmalige Abweichung verschuldet. — Andererseits lässt sich einmal aus der *Consultatio* (4, 4 Paul. I 1, 2) und einmal aus den Pandecten (L. 24 pr. D. 4, 4. Paul. I 9, 2) nachweisen, dass auch im Westgotischen Paulus Dinge stehen, die der Jurist Paulus nicht geschrieben hat. — Auch ist noch zu vergleichen Paul. II 31, 12 und I 19, 1 und dazu Krüger, Praefatio S. 42, sowie II, 1 und 2 und dazu Demelius: Schiedseid und Beweiseid § 19 (S. 127 ff.).

Beilage II.

(Zu S. 45).

Wölfflin über *adimplere*.

Mit Herrn Prof. Wölfflin's freundlicher Erlaubniss
theile ich folgende Stelle aus seinem Briefe mit:

»So leicht die griechische Sprache *Verba* mit 2 (und 3) Präpositionen zusammengesetzt hat, so gross ist die Abneigung der lateinischen Sprache gegen die *Verba decomposita*: erst im Spälatein dringen sie durch, weil man die durch Syncope im Stämme und Abschleifen der Endungen reduciren Worte durch Zusammensetzung wieder zu kräftigen sucht. Das Princip der *Decomposita* dringt zuerst da durch, wo die Zusammensetzung des Stammverbs mit der ersten Präposition nicht mehr als solche gefühlt wird. Z. B. *ad-indere*, *ad-alligare* bei Plin. nat. hist., Cato rei rust. 18, 1 *ad-o-pertus*. Da das Simplex *pleo*, *plere* abstarb, galt *imleo* nicht mehr als *Compositum*, und so findet sich *adimplere* wohl zuerst bei Columella 12, 43, 1 (*musto adimpleto*), wo Schneider keine Variante anführt. Bei Tertullian bekommt das *Verbum* schon den Kameraden *adinvenire*: *invenire* (finden = auf etwas kommen) schien von *venire* wegen der veränderten Bedeutung unabhängig zu sein. Später wurde *adimplere* so gewöhnlich, das es als scheinbares Simplex

nochmals mit *con* zusammengesetzt wurde, zu *coadimplere*.

Paucker Suppl. lex. latin. (Berol. Calvary. 1885) p. 81.

Verlangt man Näheres über die kritische Beglaubigung von *adimleo* bei Tertullian, so muss man sich an Prof. Reifferscheid in Strassburg wenden.

Tertull. de praescript. haeret. 26 Tert. idol. 12. 21.

<i>adimpleverunt</i> (daneben 22 <i>implere</i>). - adv. Marc. 3,5 <i>adimpletas</i> - - - 3, 21 <i>adimpletum</i> - - - 4, 7. 9 <i>adimplent</i> , <i>adimpleteae</i> . (4, 7. <i>implent</i>). - adv. Prax. 14 <i>adimpletum</i> . - adv. Judaeos. 7 (bis) <i>adimpletum</i> — cap. 8 (oft blos <i>implere</i>) sechsmal. 9 <i>adimplere</i> . cap. 10. 11 (bis). 13. 14 (bis) u. s. w.	<i>- percec.</i> 6. 9. - <i>pat.</i> 6. 11. 19. - <i>paenit.</i> 3. 6. - <i>monog.</i> 6. 7. - <i>virg. vel.</i> 2. (5). 16.
---	--

Damit die Aufnahme im Kirchenlatein entschieden.
cfr. Gölzer, latinité de St. Jérôme. (Paris 1884).
p. 179. 63.

Paucker, de latinitate Hieronymi. 1880. p. 121.

Rönsch, Itala und Vulgata. p. 206.

In der Vulgata kommt *adimplere* einige 30mal vor.

(*implere* gegen 200mal.)

Handelt es sich um Nachweis des Wortes in einer bestimmten Gattung der Profanliteratur, oder in einem bestimmten Lande, so müsste man wissen, worauf es ankomme. Denn ohne bestimmte Anweisung könnte man Bogen von Beispielen zusammenschreiben.«

Beilage III.

(Zu S. 97).

In Casu in den ersten 40 Büchern der Digesten.

(Die der Interpolation dringend verdächtigen
Stellen sind fett gedruckt).

Julianus: **L. 41 D. 28, 5.**

Gajus: **L. 17 D. 5, 3;** L. 70 § 5 D. 46, 1.

Pomponius: **L. 16 § 2 D. 21, 2;** L. 8 § 2 D. 33, 5; L. 39
D. 45, 3.

Marcellus: L. 21 D. 26, 7.

Papinianus: L. 33 § 1 D. 7, 1; **L. 58 D. 18, 1;** L. 26
pr. D. 29, 4.

Ulpianus: **L. 19 pr. D. 2, 1;** L. 10 pr. D. 2, 14; **L. 14**
§ 11 D. 4, 2; **L. 64 D. 7, 1;** L. 8 D. 7, 2 (= Vat.
88); L. 18 § 1 D. 12, 1; **L. 30 D. 12, 6;** L. 4
§ 2 D. 14, 1; L. 1 § 3 D. 15, 2; L. 13 § 28 D. 19, 1;
L. 16 D. 23, 1; L. 11 § 9 D. 24, 1; L. 64 § 9 D.
24, 3; **L. 11 § 4 D. 27, 6;** L. 12 pr. D. 29, 4; **L. 3**
§ 5 D. 34, 3; L. 13 § 4 D. 36, 1; **L. 3 D. 36, 3;** L. 1
§ 8 D. 37, 4; L. 1 § 14 D. 37, 8; L. 3 pr. D. 37, 10;
L. 1 § 1 D. 38, 17.

Paulus: L. 37 D. 1, 3; L. 17 § 5 D. 1, 7; L. 18 D. 4, 6;
L. 23 § 5 D. 6, 1; L. 4 D. 7, 1; L. 30 § 1 D. 9, 2;
L. 24 D. 9, 4; L. 42 D. 19, 1; L. 45 § 1 L. 19, 1;
L. 5 § 4 D. 19, 5; L. 3 § 2 D. 25, 2; L. 70 § 1 D.
29, 2; L. 44 § 5 D. 35, 1; L. 27 D. 40, 5; (L. 33
§ 1 D. 40, 5).

Marcianus: L. 5 pr. D. 20, 6; L. 8 § 13 D. 20, 6.

Beilage IV.

(Zu S. 160.)

Potest dici bei Ulpianus in den ersten 29 Büchern
der Digesten.

L. 16 D. 1, 5 (L. 14 D. 2, 1) (L. 2 § 8 D. 2, 11); L. 7
§ 6 D. 2, 14; L. 5 § 3 D. 3, 5; L. 3 § 7 D. 4, 4; L. 5 D.
4, 4; L. 8 § 2 D. 5, 2; L. 8 § 4 D. 5, 2; L. 8 § 9 D. 5, 2;
L. 8 § 10 D. 5, 2; L. 8 § 14 D. 5, 2; [L. 13 § 1 D. 4, 8;
L. 20 § 18 D. 5, 3]; L. 23 § 1 D. 5, 3; L. 25 § 15 D. 5, 3;
L. 25 § 17 D. 5, 3; L. 31 § 1 D. 5, 3; L. 12 § 4 D. 7, 1;
L. 1 § 2 D. 7, 2; L. 6 § 2 D. 7, 2; L. 1 § 2 D. 7, 4; L. 3
§ 2 D. 7, 4; L. 17 pr. D. 8, 2; L. 17 § 2 D. 8, 2; L. 2 § 1
D. 9, 4; L. 20 pr. D. 11, 7; L. 26 pr. D. 12, 6; L. 2 § 7 D.
13, 4; L. 9 § 4 D. 14, 6; L. 3 § 1 D. 15, 1; L. 10 § 3 D.
15, 3; L. 1 § 16 D. 16, 3; L. 23 § 1 D. 17, 2; L. 58 § 3
D. 17, 2; L. 32 D. 19, 1 (vide Mommsen ad h. l.); L. 1 § 6
D. 21, 1; L. 23 § 6 D. 21, 1; L. 4 D. 23, 4; L. 3 § 12 D.
24, 1; L. 32 § 23 D. 24, 1 (bis); L. 33 pr. D. 24, 1; L. 7
§ 6 D. 24, 3; L. 21 D. 24, 3; L. 1 § 10 D. 25, 6; L. 5 § 3
D. 26, 4; L. 3 § 8 D. 26, 10; L. 5 § 7 D. 27, 9; L. 6 pr.
D. 28, 5; L. 10 § 7 D. 28, 6; L. 13 § 2 D. 29, 1.

Nur die Phrase *quamquam possit dici* findet sich in
L. 13 § 1 D. 4, 8 und in L. 20 § 18 D. 5, 3 (nach der
Hauptentscheidung), um einen zu reprobirenden Einwurf
zu bezeichnen.

Beilage V.

(Zu S. 163.)

Certiorare in den ersten 29 Büchern der Pandecten.

1. L. 20 § 11 D. 5, 3 (Ulpianus libro 15 ad edictum):
.... ,id est cum primum aut denuntiatum esset: quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denuntiavit, an incipiat usuras debere pecuniae redactae? et puto debere: coepit enim malae fidei possessor esse. sed ponamus denuntiatum esse, non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori ejus denunciatum est; senatus ipsi denuntiari exigit et ideo non nocebit, *nisi forte is cui denuntiatum est eum certioraverit, sed non si certiorare potuit nec fecit.*

Durch die Worte *non tamen scit* wird der letzte Satz mit *nisi m. E.* ganz unmöglich gemacht.

2. L. 5 § 8 D. 13, 6 (Ulpianus libro 28 ad edictum):
.... denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commoda- vero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario judicio: si minus, *neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum:* etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es.

Die cursiv gedruckten Worte sind offenbar eine sinnstörende Weitschweifigkeit.

3. L. 36 § 1 D. 13, 7. (Ulpianus libro 11 ad edictum):
sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens
prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit
nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur.

Schon der Satz *vel si quis* mit dem Moduswechsel und dem abermaligen Subject nebst Conjunction dürfte nicht ganz unverfälscht sein; der cursiv gedruckte Satz ist offenbar nach dem *sciens prudensque* ebenso überflüssig, wie das *de hoc* eine ungenügende Bezeichnung der ersten Verpfändung ist.

4. L. 1 § 2 D. 15, 4. (Ulpianus libro 29 ad edictum):
sed ego quaero an revocare hoc jussum antequam
credatur possit: et puto posse, quemadmodum si man-
dasset et postea ante contractum contraria voluntate
mandatum revocasset et me certiorasset.

Der letzte Satz, dessen unschöne Weitschweifigkeit recht sehr nach Tribonian aussieht, scheint durch das unmittelbar folgende: *sed etsi mandavit videtur jussisse* hervorgerufen worden zu sein.

5. L. 1 § 33 D. 16, 3. (Ulpianus libro 30 ad edictum):
et libro tertio decimo digestorum scribit, si quidem
sic dedero quasi ad hoc penes me depositam, *teque*
certioravero non competere tibi depositi actionem.
Die Worte *teque certioravero* sagen gar nichts Neues und sind blos eine der überflüssigen Erläuterungen, durch welche die Pandecten von Seiten der Compilatoren bereichert worden sind.

6. L. 1 § 1 D. 19, 1. (Ulpianus libro vicesimo
octavo ad Sabinum):

..... et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitatae suae prospectum voluit. *Haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitudes, quia non videtur esse celatus, qui scit neque certiorare debuit, qui non ignoravit.*

Dieser letzte Satz sagt etwas sehr Selbstverständliches und scheint ebenso wie das Komma *si modo eam rem emptor ignoravit*, eine überflüssige Belehrung von Seiten der Compilatoren zu sein. Wenn der Käufer um die Servitut wusste, so ist er durch die Verheimlichung nicht geschädigt; er kann daher kein Interesse einklagen; nur auf dieses aber geht die *actio ex empto*; sie steht ihm daher um deswillen hier nicht zu Nutzen, weil *id quod in actionem venit = Null* sein würde. Daher hatte Ulpian gewiss nicht nötig, sei es nun sich selber oder den Sabinus durch die Worte *haec ita vera sunt*, zu corrigieren; denn es dürfte kaum Jemand auf den Gedanken verfallen sein, dass es auch anders sein könnte. Die Begründung in dem Satz mit *quia* ist der Form nach durch *esse celatus* nicht minder auffallend, als durch *certiorari debuit*.

7. L. 39 D. 19, 1. (Modestinus libro 5 responsorum):

Quaero si quis ita fundum vendiderit, ut id venum datum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non possidere *non certioraverit emptorem*, an ex empto judicio teneatur

Die drei cursiv gedruckten Worte können natürlich unbeschadet des Sinnes wegleiben, ja dies empfiehlt sich sogar, weil dann die Einheit des Satzes erhalten

bleibt. Im Folgenden kommt dann noch ein *si certioratus de loco certo fuisset*, welches sich mit dem übrigen Inhalt gar nicht verträgt und darum bereits von Mommsen getilgt ist. Am Schluss der Stelle heisst es endlich:

haec generalis exceptio non ad ea pertinere debeat,
quae vendor novit quaeque specialiter excipere et
potuit et debuit, *sed ad ea quae ignoravit, et de quibus
emptorem certiorare nequit.*

Die letzten Worte sind wiederum unnöthig.

8. L. 1 § 9 D. 27, 5. (Ulpianus libro 36 ad edictum):

Es frägt sich, ob der *protutor* nur haftet für Handlungen, oder auch für Unterlassungen. Das Letztere bejaht Ulpian und fährt fort:

Sed et si cognito, quod tutor non fuit, abstinuit se
administratione, videamus, an teneatur, *si necessarios
pupilli non certioravit, ut ei tutorem peterent: quod
verius est.*

Sollte es wirklich seine Pflicht sein, die Verwandten zu benachrichtigen? Hat er nicht vielmehr die Obrigkeit in Kenntniss zu setzen?

9. L. 21 § 2 D. 28, 1. (Ulpianus libro 2 ad Sabinum):

In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent,
ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad
testandum non esse idoneos placet. *quod sic accipien-
dum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti,
si tamen ante testimonium certiorarentur ad testamen-
tum se exhibitos, posse eos testimonium suum recte per-
hibere.*

Der Satz mit *ut cum Infinitivo*¹⁾ enthält das gerade Gegentheil von dem Vorhergehenden.

Weniger der Interpolation verdächtig sind folgende Stellen:

10. L. 1 § 4 D. 29, 4. (Ulpianus libro 50 ad edictum):

Sin autem nec certioratus est dominus a servo et postea ipse ab intestato possedit hereditatem, non debet incidere in edictum, nisi si fingit ignorantiam.

Doch auch hier stimmt *nec certioratus est* nicht mit *nisi si fingit ignorantiam* zusammen, und auch hier ist *non debet incidere in edictum*, statt *non incidit in edictum* auffallend.

11. L. 3 § 8 D. 4, 4. (Ulpianus libro 11 ad edictum):

Et si heres sit institutus, si a patre in diebus centum sit emancipatus: mox patrem debuerit certiorare nec fecerit cum posset: qui eum emancipasset, si cognovisset: dicendum erit posse eum restitui in integrum parato patre eum emancipare.

Das cursiv Gedruckte kann auch hier vielleicht in Ulpians Sinne entbehrt werden, und jedenfalls würde man wegen des *fecerit* statt *certiorare* eher vermuten: *mox debuit patrem certiorem facere, nec fecerit cum posset.*

12. L. 4 pr. D. 11, 1. (Ulpianus libro 22 ad edictum):

*Voluit praetor adstringere eum qui convenitur ex sua in *judicio*²⁾ responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret, simul etiam portionis, pro qua quisque heres exstitit, ex interrogatione certioretur.*

¹⁾ Solches *ut c. Inf.* kommt allerdings schon bei Gajus III, 160 vor. Aber sollte da nicht statt *ut posse me* zu lesen sein: *ut possem?* Die Verfasser der Inst. Just. (§ 9 J. 3, 26) haben freilich auch *posse me* gelesen.

²⁾ Ulpianus: *in jure.*

Der letzte Satz von *simul* an passt nicht zum Vorhergehenden und ist in sich selbst sinnlos, weswegen auch Mommsen statt *certioreetur* vielmehr *certioremur* lesen will.

13. L. 34 pr. D. 12, 2. (Ulpianus libro 26 ad edictum):

Quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse? Non erit tutus per relationem: et ideo ex hac causa putat Marcellus et recte, aut remittendum ei jusjurandum aut spatium dandum, *ut certioreetur et sic juret*.

Der Sinn ist klar, auch wenn die letzten 5 Worte wegbleiben.

14. Ueber L. 29 D. 17, 1 (Ulpianus libro 7 disputationum) ist schon früher gesprochen worden.

15. L. 5 § 1 D. 12, 4 (Ulpianus libro 2 disputationum).

Verzeichniss der citirten Pandectenstellen.

(Die fett gedruckten Zahlen bedeuten die Seiten dieses Buches; die kleinen Zahlen rechts oben von diesen die Anmerkungen. — Die Stellen, bei denen eine wesentliche Aenderung durch die Compilatoren für wahrscheinlich gehalten wird, sind mit einem * bezeichnet.)

I 7	*L. 17 § 5 : 66	IV 2	*L. 14 § 4 : 99
I 11	L. 1 pr. : 102	IV 3	L. 9 § 3 : 144
I 12	L. 1 § 3 : 102	IV 4	L. 13 pr. : 86 L. 24 pr. : 173
II 1	L. 3 : 102		*L. 39 § 1 : 194, 195
II 8	*L. 7 § 2 : 66		L. 45 § 1 : 102 *L. 47 § 1 : 200
II 14	*L. 3 : 207 L. 7 § 2 : 66, 135	V 1	L. 50 § 2 : 96 L. 52 § 1 : 96
III 2	*L. 8 : 62, 75 *L. 9 : 58, 75 *L. 10 pr. : 89	V 2	*L. 8 § 17 : 94 *L. 9 : 94
III 3	*L. 1 : 112 L. 6 § 7 : 121	V 3	*L. 5 pr. : 67, 195 *L. 17 : 36, 94
III 4	*L. 33 § 1 : 100 L. 33 § 3 : 131 L. 46 § 5 : 115	VI 1	*L. 25 § 17 : 80 L. 31 pr. : 96
III 5	L. 1 : 113	VI 2	*L. 23 § 5 : 64, 94 *L. 68 : 14
	L. 7 § 2 : 121 L. 37 : 97	VII 1	L. 14 : 121 L. 13 pr. : 97

Gradenwitz, Interpolationen.

VII 5		XII 7
*L. 5 § 1 : 27		L. 1 § 3 : 129
L. 8 : 65		XIII 5
VII 6		*L. 21 § 1 : 74
L. 5 § 6 : 97		XIII 6
VIII 5		L. 3 § 2 : 110
L. 20 § 1 : 200		*L. 17 § 1 : 121
IX 2		L. 17 § 3 : 121
*L. 27 § 10 : 18 ¹		L. 17 § 5 : 121
*L. 30 § 1 : 89		*L. 22 : 120
X 3		XIII 7
*L. 7 § 12 : 98		*L. 3 : 114
L. 24 pr. : 108		*L. 6 pr. : 22
X 4		*L. 8 pr. : 197 ¹
*L. 7 § 2 : 64		*L. 8 § 3 : 37
XII 1		*L. 16 § 1 : 118
L. 19 pr. : 147, 152, 166		*L. 22 § 3 : 121
XII 2		*L. 22 § 4 : 80
L. 7 : 103		XIV 4
*L. 34 § 1 : 162 ¹		*L. 9 § 1 : 86
XII 3		XIV 6
L. 5 pr. : 106		*L. 9 § 3 : 85
L. 5 § 4 : 110		XVI 1
XII 4		L. 24 § 3 : 1
L. 3 pr. : 149		XVI 3
L. 81 : 149		*L. 1 § 9 : 143
*L. 3 § 2 : 146, 149		*L. 1 § 10 : 143
*L. 3 § 3 : 146, 149		*L. 1 § 23 : 106
L. 3 § 5 : 150		*L. 1 § 36 : 13
*L. 5 : 15, 157		L. 5 pr. : 121
*L. 5 pr. : 155 ¹		XVII 1
*L. 5 § 1 : 157		*L. 2 § 2 : 72 ¹
*L. 5 § 2 : 166		L. 2 § 4 : 142
*L. 5 § 3 : 167		L. 12 § 7 : 121
*L. 5 § 4 : 167		L. 12 § 8 : 121
L. 16 : 132		*L. 12 § 9 : 122
XII 6		*L. 29 : 33
L. 3 : 95, 97, 178		*L. 29 § 5 : 36
L. 4 : 95, 97		L. 45 § 8 : 1
L. 66 : 108		*L. 54 § 1 : 121

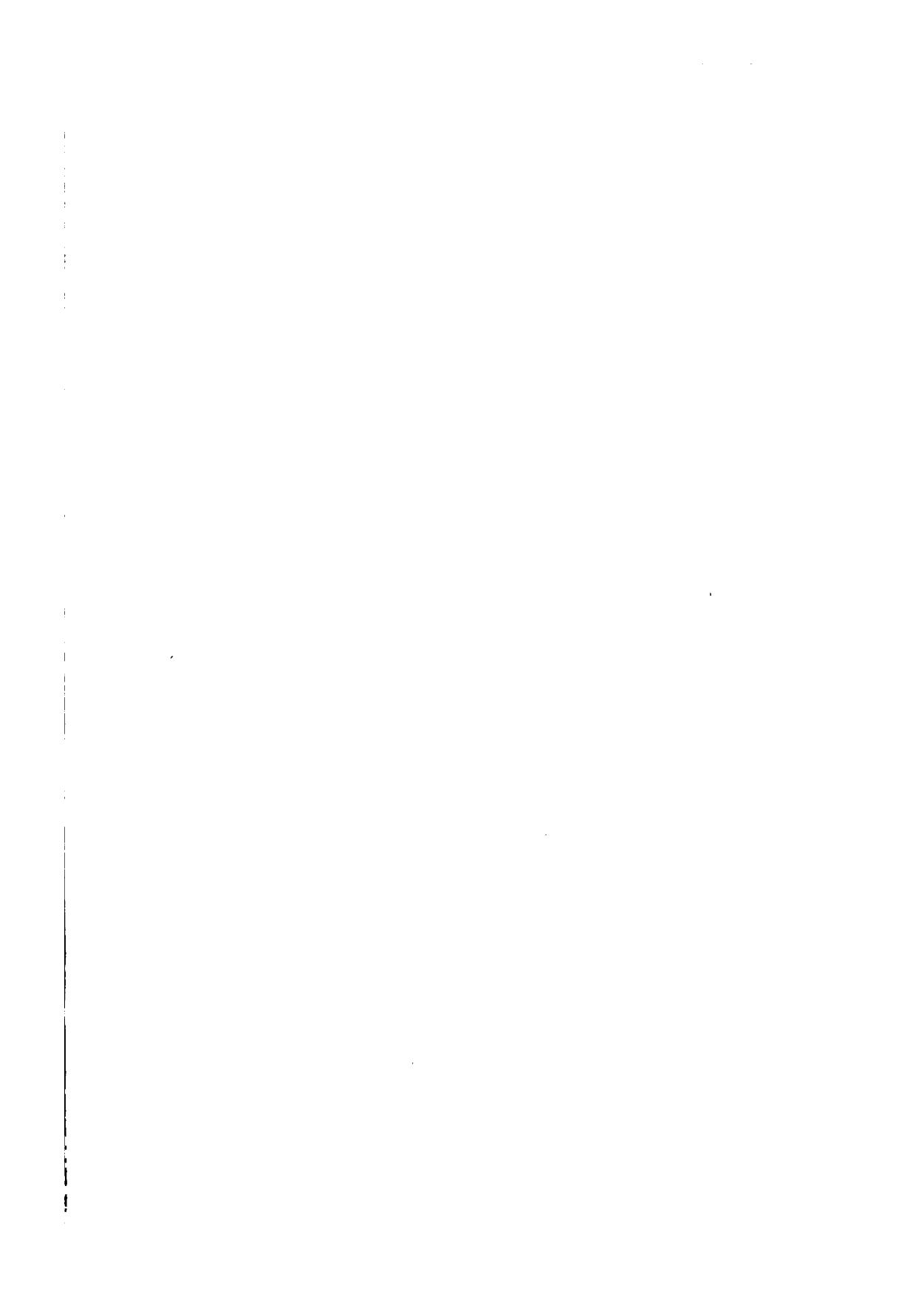
*L. 59 § 4 : 85	*L. 38 : 121
XVIII 1	XXII 1
*L. 57 : 15, 46, 93	L. 12 : 205
*L. 57 § 3 : 109	XXII 3
L. 58 : 93	*L. 25 : 14, 56
XVIII 6	*L. 25 § 3 : 99
*L. 7 § 1 : 205	XXII 5
XIX 1	L. 1 § 2 : 101
*L. 5 § 1 : 2, 32	*L. 17 : 60
*L. 48 : 200	XXIII 1
XIX 2	*L. 12 § 1 : 101
*L. 25 pr. : 5, 217	XXIII 3
L. 54 § 1 : 202	*L. 29 : 187
*L. 60 § 2 : 36, 29	*L. 50 § 1 : 197
L. 61 pr. : 96, 195	L. 53 : 56
XIX 3	*L. 59 § 1 : 23
*L. 1 pr. : 109, 126, 129	*L. 61 pr. : 56 ¹
XIX 4	*L. 61 § 1 : 73, 195
*L. 1 § 1 : 135	XXIII 5
XIX 5	L. 14 § 2 : 23 ¹
L. 1 pr. : 127	XXIV 1
*L. 5 : 15, 21, 131	*L. 13 § 1 : 98
*L. 5 § 2 : 145, 157, 168	*L. 32 § 4 : 215
L. 11 : 127	XXIV 2
L. 16 : 135	*L. 6 : 10, 98
*L. 17 § 1 : 135	XXIV 3
*L. 17 § 2 : 136	*L. 22 § 2 : 59
*L. 17 § 5 : 137	*L. 22 § 3 : 37
*L. 20 : 138	*L. 22 § 4 : 37
*L. 22 : 140	*L. 22 § 7 : 11, 98
*L. 26 : 143	*L. 22 § 8 : 11
XX 5	*L. 49 § 1 : 201
L. 7 § 2 : 3	*L. 64 § 10 : 194
XXI 1	XXVI 1
*L. 14 § 9 : 84	L. 6 § 4 : 87
*L. 33 pr. : 215	XXVI 2
L. 58 : 205	L. 10 § 4 : 40
XXI 2	XXVI 3
*L. 1 : 82	*L. 11 pr. : 200
*L. 34 pr. : 82	

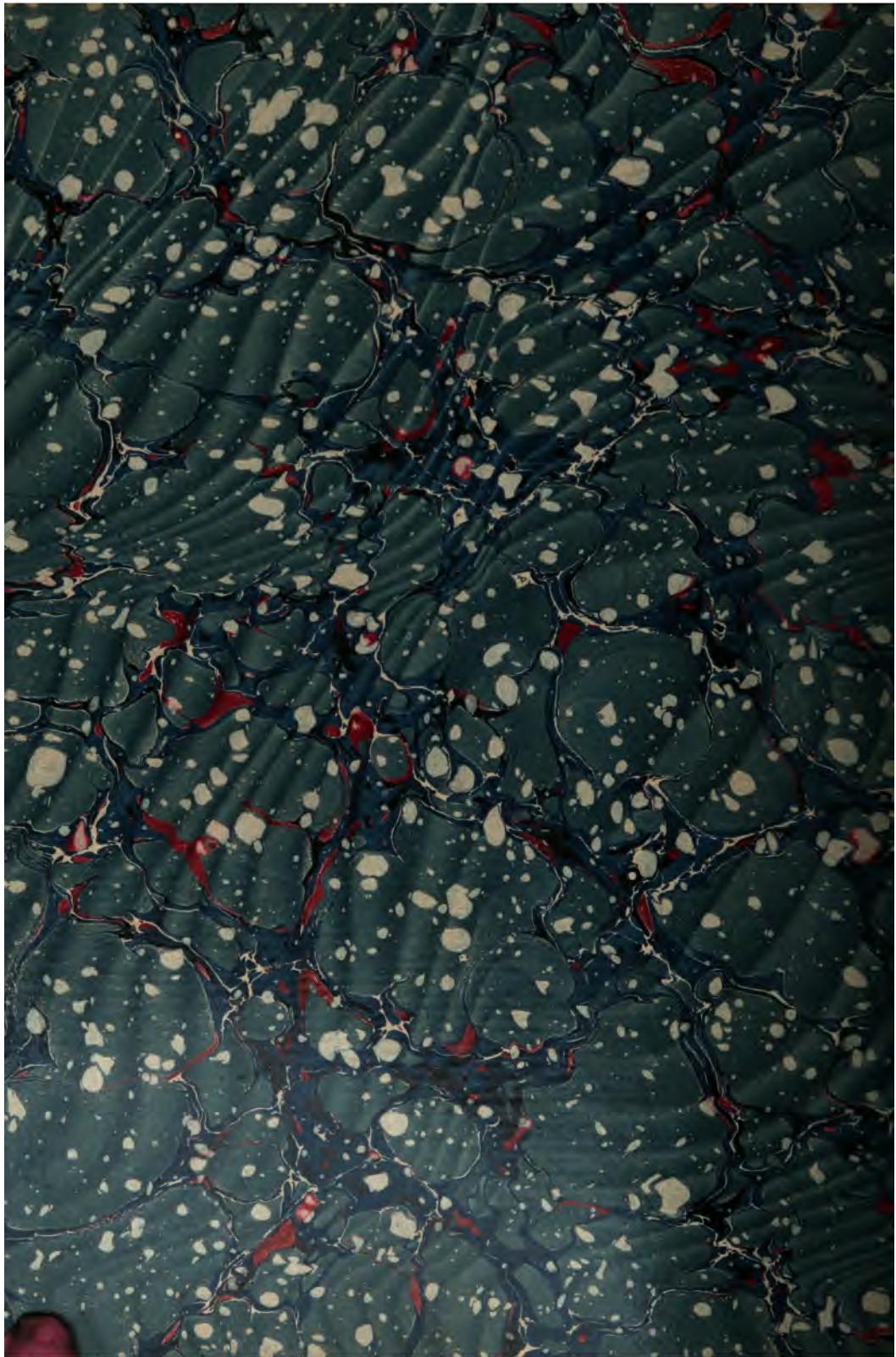
XXVI 6	*L. 34 § 1 ff. : 31
L. 2 § 2 : 76	*L. 65 § 2 : 214
XXVI 7	L. 75 § 1 : 207
*L. 1 § 3 : 99	L. 84 § 6 : 187
*L. 1 § 4 : 99	L. 87 : 216
L. 23 : 100	*L. 90 : 216
*L. 43 : 52	*L. 123 pr. : 188, 208
*L. 43 § 1 : 24, 25	
XXVII 1	XXXI
*L. 33 : 205	*L. 22 : 210
*L. 36 pr. : 202	*L. 30 : 211
XXVII 2	*L. 32 § 6 : 207
*L. 3 § 3 : 77	*L. 34 § 3 : 206
XXVII 4	L. 34 § 5 : 186
*L. 1 : 115	*L. 85 : 203
L. 2 : 115	*L. 86 § 1 : 203
L. 3 : 115	*L. 88 § 2 : 60
L. 4 : 115	L. 88 § 7 : 186
L. 5 : 118	L. 88 § 10 : 207
L. 6 : 118	*L. 88 § 11 : 190
XXVII 5	XXXII
L. 5 : 117	*L. 11 § 12 : 216
XXVII 6	*L. 21 § 1 : 205
L. 11 § 3 : 92	*L. 33 § 3 : 189
*L. 11 § 4 : 92	L. 34 § 1 : 177
XXVIII 3	*L. 37 § 5 : 200
*L. 17 : 216	*L. 38 pr. : 200
XXVIII 5	L. 38 § 3 : 177
*L. 63 § 1 : 205	*L. 38 § 6 : 200
XXIX 1	*L. 39 pr. : 23
L. 14 § 1 : 202	L. 41 § 3 : 177
L. 36 § 2 : 96	L. 41 § 4 : 177
*L. 40 pr. : 204	L. 41 § 6 : 177
L. 40 § 2 : 202	*L. 68 § 3 : 214
XXX 2	L. 69 pr. : 208
*L. 74 : 57	L. 69 § 1 : 208
XXX	*L. 93 § 3 : 189
*L. 17 § 1 : 215	*L. 102 pr. : 200
*L. 26 § 2 : 195	XXXIII 1
*L. 33 : 12	L. 13 § 1 : 177 ¹
	*L. 18 pr. : 184

*L. 19 pr. : 180	*L. 31 § 5 : 200
L. 19 § 1 : 200 ¹	XXXIV 4
*L. 21 § 1 : 179, 180	*L. 3 § 8 : 215 ²
*L. 21 § 5 : 200	*L. 3 § 9 : 215
XXXIII 2	XXXIV 5
*L. 10 : 195, 217	*L. 25 : 58
*L. 14 : 201	XXXV 1
*L. 32 § 6 : 189	L. 36 § 1 : 208
L. 34 pr. : 177 ²	L. 84 : 202
XXXIII 4	XXXV 2
*L. 15 : 214	*L. 25 § 1 : 179
*L. 16 : 185	L. 27 : 179 ¹
*L. 17 pr. : 185	*L. 32 § 4 : 180
XXXIII 7	XXXVI 1
L. 12 § 37 : 174 ¹	L. 1 pr. : 40
*L. 12 § 44 : 215	*L. 4 : 40 ¹ , 78
L. 12 § 45 : 215	*L. 32 § 2 : 50, 99
*L. 18 § 9 : 191	*L. 63 : 202 ¹
L. 19 § 1 : 201	L. 64 pr. : 185 ²
*L. 20 § 2 : 183	L. 80 § 12 : 177 ²
L. 27 § 2 : 177 ¹	*L. 80 § 14 : 188
XXXIII 8	XXXVI 4
*L. 6 § 3 : 215	L. 1 pr. : 153
L. 6 § 4 : 215	XXXVII 1
XXXIII 10	*L. 15 : 204
L. 7 § 1 : 214	XXXVII 14
L. 8 : 206	L. 18 : 200 ²
XXXIV 1	XXXVIII 1
*L. 7 : 204	*L. 45 : 200
L. 15 § 1 : 196 ¹	XXXVIII 17
*L. 16 § 2 : 183	*L. 2 § 44 : 75
L. 17 : 177 ²	XXXIX 1
*L. 18 pr. : 200, 200 ¹	*L. 7 pr. : 66
L. 20 pr. : 184	XXXIX 5
L. 20 § 1 : 177 ²	*L. 20 § 1 : 49
*L. 20 § 2 : 180	*L. 28 : 130
XXXIV 3	*L. 31 § 1 : 17 ¹ , 29, 30, 72 ¹
L. 25 : 207	*L. 31 § 3 : 72
*L. 38 § 3 : 29, 195	XXXIX 6
L. 31 pr. : 177 ¹	L. 29 : 160 ¹

XL 4		L. 1 pr. : 103
*L. 17 § 2 : 216		*L. 22 : 200
L. 54 pr. : 177 ²		*L. 25 § 1 : 87
XL 5		XLIII 16
L. 9 : 212		*L. 1 § 2 : 60
L. 10 pr. : 212		XLIII 24
L. 10 § 1 : 41 ¹		*L. 11 § 7 : 94
L. 10 § 2 : 41 ¹		XLIII 26
L. 12 pr. : 212		*L. 2 § 2 : 109, 128
*L. 24 : 41		*L. 19 § 2 : 128
*L. 24 § 8 : 29, 38, 214		XLIV 4
L. 26 : 41		L. 7 pr. : 160
L. 28 : 41		L. 7 § 1 : 160
L. 30 : 41		L. 14 : 195
*L. 41 pr. : 200		XLIV 7
*L. 41 § 15 : 182, 183		L. 5 : 113
XL 12		*L. 16 : 38, 197 ¹
*L. 1 pr. : 100		XLVI 1
*L. 7 § 5 : 101		*L. 25 : 37
L. 38 § 1 : 154		XLVI 2
XL 13		*L. 6 pr. : 218
*L. 3 : 101		*L. 8 § 1 : 218
XLI 1		*L. 8 § 2 : 218
*L. 10 § 2 : 16		*L. 8 § 5 : 218
XLI 2		*L. 26 : 218
*L. 1 § 7 : 220		*L. 28 : 218
L. 1 § 10 : 220		*L. 29 : 218
L. 1 § 11 : 220		L. 31 pr. : 218
L. 1 § 13 : 220		*L. 31 § 1 : 23 ¹
L. 1 § 14 : 220		XLVI 8
*L. 1 § 19 : 221		L. 13 § 1 : 96
*L. 1 § 20 : 221		XLVII 2
L. 1 § 21 : 221		*L. 12 § 2 : 59, 90
*L. 3 § 10 : 100		L. 14 § 11 : 129
*L. 36 : 196 ¹		L. 79 : 136
*L. 37 : 197 ¹		L 1
XLII 1		L. 21 § 2 : 85 ¹
*L. 44 : 200		L 16
XLII 8		*L. 243 : 189

5. Au







HARVARD LAW LIBRARY

*Gift of
John Chipman Gray*

RECEIVED

APR 6 1933

